This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

FOR TX
B619t
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 075 175 042
Digitized by Google

Digitized by Google

Die Lehre von der Teilnahme

und die

Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Lehre von der Teilnahme

und die

Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts.

Kritische Studien

von

Dr. Karl Birkmeyer,
ordentlichem öffentlichem Professor der Rechte an der Universität zu München.

Berlin W. 1890.
Verlag von Otto Liebmann.
Potsdamerstraße 56.

Digitized by Google

For TT
B619t

SEP 12 1930

9/12/30

Digitized by Google

Vorwort.

Das Deutsche Reichsgericht hat sich bekanntlich in konstanter Judikatur dahin ausgesprochen, daß das unterscheidende Merkmal zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe nicht liege auf der objektiven Seite, d. h. nicht bestehe in einer verschiedenen Wirksamkeit der Teilnehmer für den verbrecherischen Erfolg; sondern begründet sei in einer Verschiedenheit der Willensrichtung, also dem subjektiven Verbrechensthatbestand angehöre. Während nämlich der Mitthäter das Verbrechen als seine eigene That begehen wolle, beabsichtige der Gehülfe es als fremde That zu unterstützen.

Das Deutsche Reichsgericht hat sich hiermit der sog. subjektiven Teilnahmetheorie angeschlossen. Es ist in dieser Richtung bereits wiederholt, aber bis jetzt erfolglos angegriffen worden. Die nachstehenden Untersuchungen bezwecken einen erneuten Anlauf gegen die Teilnahmejudikatur des Reichsgerichts. Nach des Verfassers Überzeugung hat sie ihre einzige Stütze in einer Theorie des Kausalzusammenhanges, welche an sich unrichtig und überdies vom positiven Recht reprobiert ist. Äußerlich stützt sie sich lediglich auf eine Stelle der Motive zum Reichsstrafgesetzbuch, welcher irgend welche verbindliche Kraft nicht zukommt. Das Gesetz selbst enthält nichts, was zu Gunsten der subjektiven Teilnahmetheorie spräche; im Gegenteil ergeben alle seine Bestimmungen über Thäterschaft und Teilnahme eine Konstruktion der letzteren, welche mit der subjektiven Theorie und ihren Konsequenzen ganz unvereinbar ist. Das Reichsgericht selbst hat insbesondere die vom Gesetz scharf ausgeprägte akzessorische Natur der Teilnahme nicht zu verkennen vermocht; es hat sie in einer Anzahl von Urteilen ausdrücklich anerkannt und eine Reihe wichtiger Konsequenzen aus ihr gezogen. Damit aber hat es die subjektive Teilnahmetheorie, der es sich in der Unterscheidung von Mit-

Digitized by Google

thäterschaft und Beihülfe angeschlossen hat, direkt wieder verleugnet, denn die letztere führt, konsequent verfolgt, zur entschiedenen Verneinung der akzessorischen Natur der Teilnahme. So gesellt sich zu den übrigen Vorwürfen, die wir der Teilnahmejudikatur des Reichsgerichts machen müssen, auch der des Mangels an festen Prinzipien in dieser ganzen hochwichtigen Materie.

Das im Vorstehenden allgemein Angedeutete soll in diesem Buch eingehend dargelegt und bewiesen werden. —

Es ist mir keine Freude gewesen, das höchste Gericht im Deutschen Reiche bekämpfen zu müssen. Ich halte die Autorität der Gerichte hoch, wie jeder Freund rechtlicher Ordnung dies thun muß, und würde mir ein Gewissen daraus machen, leichthin und grundlos auch nur das Geringste zur Erschütterung jener Autorität beizutragen. Aber die Autorität des Gesetzes steht über der Autorität der Gerichte. Und wenn nun einmal das Deutsche Reichsgericht das Gesetz unrichtig interpretiert und vermöge seines Ansehens und der ihm verliehenen Gewalt die ganze Deutsche Praxis in diesen Irrtum mit hineingerissen hat: ist es dann nicht die Pflicht der Vertreter der theoretischen Jurisprudenz, denen die Erforschung und Verteidigung wissenschaftlicher Wahrheit Lebensberuf ist, solchen Irrtum aufzudecken und die Praxis auf den richtigen Weg zurückzuführen?

Lediglich zur Erfüllung dieser Pflicht, allein um der Liebe zur Wahrheit willen, ist dies Buch geschrieben worden.

Möge es in diesem Sinn auch aufgenommen und gewürdigt werden: sine ira et studio.

München, im Sommer 1890.

Karl Birkmeyer.

Digitized by Google

Einleitung.

Der Gegensatz der objektiven und subjektiven Teilnahmetheorie in seinem Zusammenhang mit der Lehre von der Kausalität.

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 1.

Die Teilnahme im strafrechtlichen Sinn besteht darin, daß mehrere Personen zur Hervorbringung eines verbrecherischen Erfolges derart zusammenwirken, daß jede von ihnen wegen des erzielten Gesamterfolges als strafbar erscheint. Hieraus ergiebt sich bereits, daß die Lehre von der Teilnahme die Lehre von der Kausalität zu ihrer wissenschaftlichen Basis hat.[1]) In dem Alleinthäter eines Verbrechens haben wir den (für das Strafrecht) einzigen kausalen Faktor des verbrecherischen Erfolges vor uns, in den Teilnehmern eine Mehrheit solcher kausaler Faktoren, von welchen der Mitthäter und der Gehülfe „durch That" eine körperliche, der Anstifter und der Gehülfe „durch Rat" eine geistige Mitwirksamkeit für das Verbrechen entfalten, jene eine physische, diese eine intellektuelle Bedingung für das Zustandekommen des konkreten verbrecherischen Erfolges setzen (vgl. übrigens unten Note 190). Seitdem man das klar erkannt hat, hat man die Lehre von der Teilnahme auf dem Grund der Lehre vom Kausalzusammenhang aufgebaut und weiter entwickelt.[2])

§ 2.

Je nach der Verschiedenheit der Kausalitätstheorien mußte sich dann auch die ganze Konstruktion der Teilnahme verschieden gestalten. Diametrale

---

[1]) Vgl. v. Bar, die Lehre vom Kausalzusammenhange, 1871 p. VII.: „Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen ..... kann als besondere Anwendung der Lehre von der Kausalität betrachtet werden;" v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung, 1873, S. 102: „Die Lehre von der Kausalität ist für die Teilnahme von der entschiedensten Bedeutung."

[2]) v. Schwarze, Kommentar zum R.-St.-G.-B., 4. Aufl., Exkurs XI., S. 115: „Seit Feuerbach hat man die Teilnahme auf das Kausalitätsverhältnis zurückgeführt; das letztere bildete die Grundlage für die Auffassung der verschiedenen Fälle der Teilnahme." Wenn Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht I., S. 370, diese von Feuerbach zuerst sicher durchgeführte Zurückführung der Teilnahmelehre auf die Kausalitätslehre als heutzutage allgemein aufgegeben hinzustellen scheint, so kann sich das höchstens auf die Art und Weise der Zurückführung durch Feuerbach beziehen (— ist aber auch so verstanden ungerechtfertigt: s. unten N. 216 —). Vgl. auch Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts II., S. 381 zu Note 1.

Digitized by Google

Gegensätze für die letztere mußten sich insbesondere ergeben, je nachdem man alle Bedingungen eines Erfolges für gleichartig erachtete, oder eine verschiedene Bedeutung derselben für den Erfolg annahm, je nachdem man die Bedingungen eines Erfolges mit dessen Ursachen identifizierte oder aber die Ursache des Erfolges von den bloßen Bedingungen desselben unterschied.

Jene Kausalitätstheorie, welche es für möglich hält, die mehreren für einen Erfolg wirksamen Kräfte zu scheiden in solche, welche zur Erzeugung des Erfolges mehr, und solche, welche weniger dazu beigetragen haben, in solche, welche den Erfolg zum größeren, und in solche, welche ihn zum geringeren Teil produzierten, war auch in der Lage, zwischen mehreren zu einem verbrecherischen Erfolg zusammenwirkenden Personen untereinander und gegenüber den Alleinthätern zu unterscheiden je nach Bedeutung ihrer Thätigkeit für den Erfolg; sie konnte Thäter, Mitthäter, Anstifter und Gehülfen begrifflich trennen, je nach dem Maß und der Art ihrer Kausalität für den Erfolg. So entsteht die objektive Teilnahmetheorie, wie ihr z. B. huldigten Feuerbach[3]), Tittmann[4]), Salchow[5]), Grolman[6]), Kleinschrod[7]), Henke[8]), Stübel[9]), Martin[10]), Roßhirt[11]), Luden[12]), und wie sie von Neueren insbesondere Berner[13]), Schütze[14]), H. Meyer[15]) und wohl auch Binding[16]) vertreten.

---

[3]) Revision 1800, I., S. 245. Lehrbuch 14. Aufl. 1847, §§ 44, 45, 112.
[4]) Handbuch 2. Aufl. 1822, I., §§ 101 ff.
[5]) Lehrbuch 3. Ausgabe 1823, §§ 119, 123 zu Note ***.
[6]) Grundsätze 2. Ausgabe 1805, §§ 32 ff.
[7]) Systematische Entwickelung 3. Ausgabe 1805, I., §§ 177, 197.
[8]) Lehrbuch 1815, §§ 51, 55. Anders derselbe im Handbuch, s. unten Note 25.
[9]) Thatbestand 1805, §§ 24, 31, 36.
[10]) Lehrbuch 2. Ausgabe 1829, §§ 78 ff.
[11]) Lehrbuch 1821, §§ 30, 31; Entwickelung der Grundsätze 1828, § 40, S. 263.
[12]) Abhandlungen II. (1840), S. 363, Note 1; Handbuch (1847) I., S. 348 ff., 435 ff.
[13]) Lehrbuch 14. Aufl. (1886), §§ 82 ff.; vgl. bes. § 85, Note 2. Anders derselbe früher, s. unten Note 17.
[14]) Notwendige Teilnahme 1869, S. 277 ff., 313 ff. Lehrbuch 2. Aufl. 1874, §§ 44, 45, 47.
[15]) Lehrbuch 4. Aufl. 1886, § 33 zu Note 18, § 33 zu Note 8, § 36 zu Note 5 und sub 4.
[16]) Wenigstens müßte Binding's Kausalitätstheorie, welche Bedingung und Ursache sorgfältig scheidet, ihn unbedingt zur objektiven Teilnahmetheorie hindrängen. Und so lesen wir denn auch in seinem Handbuch I., S. 424 vom Gehülfen: „Er will einen Thatbeitrag zu einem fremden Verbrechen leisten, und zwar dadurch, daß er nur einzelne Bedingungen, nicht die Ursache zum Verbrechen setzt." Ähnlich S. 701 sub 3a, wo zugleich vom Gehülfen gesagt wird, daß seine That nur einen Bestandteil der Haupthandlung bildet, also ganz richtig die akzessorische Natur der Beihülfe im Sinne der objektiven Theorie anerkannt wird. Andrerseits finden sich jedoch bei Binding auch wieder Spuren einer auffallenden Hinneigung zur subjektiven Teil-

Digitized by Google

Jene Kausalitätstheorie dagegen, welche den Erfolg für unteilbar und jede Bedingung desselben für gleichwertig hinsichtlich der Erzeugung desselben hält, welche m. a. W. den Satz aufstellt, daß jede Bedingung eines konkreten Erfolges diesen Erfolg ganz und voll verursache, kann eine Verschiedenheit zwischen den mehreren zu einem Verbrechen zusammenwirkenden Personen und zwischen ihnen und Alleinthätern eines Verbrechens hinsichtlich ihrer Thätigkeit nicht anerkennen. Ihr verursacht jeder Teilnehmer am Verbrechen in gleicher Weise wie die übrigen den ganzen verbrecherischen Erfolg. Soll also ein juristischer Unterschied zwischen Thätern und Teilnehmern und zwischen den letzteren selbst wirklich bestehen, so kann derselbe, da er auf der objektiven Seite unmöglich ist, nur auf der subjektiven Seite liegen, nur in der verschiedenen Willensrichtung begründet sein. Und so entsteht die subjektive Teilnahmetheorie, wie sie, übrigens mit vielfachen Abweichungen im Einzelnen, schon früher von Berner[17]), Köstlin[18]) und Hälschner[19]) verteidigt, dann in konsequenter Verfolgung seiner Kausaltheorie namentlich von v. Buri[20]) in seinen verschiedenen Schriften ausgebildet und

---

nahmetheorie: vgl. einstweilen Grundriß § 70; Handbuch S. 424, 701; s. hier unten Noten 65, 105, 107, 199, 242. Man darf darauf gespannt sein, wie Binding diesen anscheinenden Widerspruch in der Fortsetzung seines Handbuches lösen wird.

[17]) Die Lehre von der Teilnahme (1847), S. 8, 171 ff., 234 ff.; Lehrbuch, 1. Aufl. 1857, § 108. Vgl. über seinen Kausalbegriff: Teilnahme S. 234 ff.

[18]) Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts (1845) § 130, S. 448 ff., §§ 133 ff., S. 464 ff.; System (1855), §§ 90, 93. Vgl. über seinen Kausalbegriff: Neue Revision S. 467 ff.

[19]) System I. (1858) S. 313 ff.; Das gemeine Deutsche Strafrecht I, (1881) S. 371. Vgl. über seinen Kausalbegriff: ebenda S. 341, 370. Vgl. jedoch über Berner, Köstlin und Hälschner auch v. Buri, Teilnahme (1860) S. 18.

[20]) Es ist m. E. das größte der vielen Verdienste, welche sich v. Buri um unser Strafrecht erworben hat, daß er die Zusammenhänge des Kausalbegriffes mit einer Reihe der wichtigsten strafrechtlichen Lehren klar gelegt und in überaus scharfsinniger und konsequenter Verfolgung jener Zusammenhänge diese Lehren in ausgiebigster Weise wissenschaftlich befruchtet hat. Dieses Verdienst wird v. Buri stets bleiben, wenn man auch mit uns (vgl. mein Rostocker Rektorats-Programm „Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht" 1885) seine Kausaltheorie für gänzlich verfehlt hält. Insbesondere ist, was v. Buri in jener Richtung geleistet, der Lehre von der Teilnahme zu statten gekommen, in welcher, wie mir scheint, erst seine Schriften jene scharfe Zuspitzung der Gegensätze ermöglicht haben, welche zur Lösung hindrängt. v. Buri ist es gewesen, der in den Wirrsalen der Teilnahmelehre die Forderung δώς μοι ποῦ στω erfüllt und so die Möglichkeit eröffnet hat, des Gegners Theorie aus den Angeln zu heben. Im Folgenden werden nachstehende Schriften von Buri's benutzt werden:

Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. Gießen, 1860.

Abhandlungen aus dem Strafrecht, II: Das Komplott ist keine besondere Schuldform. Gießen, 1862.

Der sog. mittlere Standpunkt für die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihülfe. In Goltdammer's Archiv Bd. XII. (1864), S. 505—514.

Digitized by Google

wie sie neben ihm wohl am schärfsten von Janka in seinem österreichischen Strafrecht vertreten worden ist.[21])

§ 3.

Die subjektive Teilnahmetheorie ist vom Standpunkt der v. Buri'schen Kausalitätstheorie aus logisch notwendig.[22]) Und nur diese Notwendigkeit läßt sie u. E. als kriminalistisch zulässig erscheinen. Denn wo immer im Strafrecht objektive Unterscheidungsmerkmale nur überhaupt möglich sind, da müssen sie, als einem Beweis allein mit Sicherheit zugänglich, im Interesse von Recht und Gerechtigkeit sofort allen denkbaren subjektiven Kriterien vorgezogen werden. Die subjektive Teilnahmetheorie macht — wie demnächst näher zu entwickeln — die Unterscheidung

---

Urheberschaft und Beihülfe. Im Gerichtssaal Bd. XIX. (1867), S. 278—293.

Urheberschaft und Beihülfe. In Goltdammer's Archiv Bd. XVII. (1869), S. 233—241, 305—314.

Über Teilnahme am Verbrechen mit Beurteilung von Th. R. Schütze: Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Im Gerichtssaal Bd. XXII. (1870), S. 1—53, 81—123, 221—244, 275—288.

Über Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig, 1873, bes. auf S. 101 bis 135.

Die Mitthäterschaft im Sinne des Deutschen Strafgesetzbuches. Im Gerichtssaal Bd. XXV. (1873), S. 237—255.

Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. In Goltdammer's Archiv, Bd. XXIV. (1876), S. 89—92.

Der allgemeine Teil des Strafrechts in dem Lehrbuch von Dr. H. Meyer. Im Gerichtssaal Bd. XXVIII. (1876), S. 161—221, insbes. S. 191 ff.

Über Kausalität und Teilnahme. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. II. (1882), S. 232—298.

Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Stuttgart, 1885; insbes. S. 38—71.

Bemerkungen zu dem Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Prof. Dr. Merkel in Straßburg. Im Gerichtssaal Bd. XLII. (1889), S. 241 ff., bes. S. 254 ff.

[21]) S. dort §§ 67—74. Vgl. v. Buri, Kausalität (1885) S. 64: „Janka ist derjenige, welcher die Theorie, daß die Mitwirksamkeit das Ganze verursache, in der Lehre von der Teilnahme am konsequentesten zur Anwendung bringt"; jedoch auch ebenda S. 68.

[22]) Vgl. v. Buri schon in seiner „Teilnahme" (1860) S. 2: „Der Grundsatz der gleichen oder doch nur relativ ungleichen Wesentlichkeit einer jeden Thätigkeit, welche zum Bestandteil des eingetretenen Erfolgs geworden ist, hängt so sehr mit der Begriffsbestimmung der Urheberschaft und Beihülfe vom subjektiven Standpunkt aus zusammen, daß sie von einander nicht getrennt werden können"; und später noch oft, z. B. bei Goltdammer XXV. S. 279; Kausalität (1885) S. 38 ff. Dies wird verkannt von denjenigen Schriftstellern, welche Bedingung und Ursache identifizieren und dennoch die objektive Teilnahmetheorie vertreten. So von Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II., S. 335 und S. 383 ff.; Grundriß I. § 33 und §§ 38 ff.; von v. Liszt, Lehrbuch (3. Aufl.) § 28 sub III. und §§ 48 ff. (s. übrigens auch unten den Text zur Note 275); und von A. Merkel in seiner Encyklopädie § 737 und §§ 747 ff. Vgl. hiezu auch Ortmann im Gerichtssaal XXVIII., S. 91, 92; meinen Ursachenbegriff, Note 96; v. Buri in der Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 252 vv. „Daß auch H." u. s. w. und Kausalität (1885), S. 51, 52, 63.

Digitized by Google

zwischen Thäterschaft und Beihülfe, und damit also unter Umständen die Frage, ob Todesstrafe oder Zuchthaus von 3 Jahren an, abhängig von dem Zweck und dem Interesse des Handelnden oder von der feinen Distinktion, ob der eine Teilnehmer das Verbrechen unbedingt wollte oder nur unter der Bedingung, daß es der andere Teilnehmer wollen sollte; und verlegt so den über Tod und Leben entscheidenden Beweis auf ein Gebiet der Innerlichkeit des Menschen, in welches wir nie mit Sicherheit einzudringen vermögen, auf welchem wir stets auf Indizienbeweis und Wahrscheinlichkeitsberechnungen angewiesen sind. Facta enim cernuntur: animus autem non videtur sagt schon Gandinus in seinem tractatus de maleficiis Rubr. de homicidiariis n. 8.[23]) Ist diese Schwierigkeit der Aufspürbarkeit von Zweck, Interesse und Motiv doch mit der Grund, daß das Gesetz diese subjektiven Momente regelmäßig nur die Ausmessung der Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens influieren läßt, dagegen den Strafrahmen selbst nach dolus und culpa normiert. Sollen trotzdem in der Lehre von der Teilnahme jene Momente eine so entscheidende Rolle spielen, wie die subjektive Theorie es will, so kann nur eine wirklich bestehende logische Unvermeidlichkeit solcher Konstruktion sie rechtfertigen — umsomehr da die subjektive Theorie auch sonst noch schwere allgemeine Bedenken gegen sich hat, welche zu beseitigen selbst v. Buri bei all seinem Scharfsinn nicht vermocht hat.[24])

---

[23]) Vgl. auch Fuchs in Goltdammer's Archiv XXIX., S. 174 vv.: „Die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Strafrechts befindet sich oft in einer sehr mißlichen Lage, weil sie es fort und fort mit dem dunklen Gebiete der Psychologie zu thun hat und ein gerechter Richterspruch nicht bloß von der Feststellung und Beurteilung des zu Tage liegenden äußeren verbrecherischen Erfolges, sondern mehr noch von Erforschung und Feststellung derjenigen Absicht abhängt, aus welcher jener Erfolg hervorgegangen ist. In der Seele des Verbrechers soll der Richter wie in einem aufgeschlagenen Buche lesen. Wenn aber dieses Buch nicht der Verbrecher selbst durch sein Geständnis aufschlägt, dann liegt immer die Gefahr nahe, falsch zu lesen. Grund genug, jenes dunkle Gebiet nicht unnötiger Weise noch mehr da zu erweitern, wo eine solche Erweiterung nur gefährlich werden kann. Eine solche unnötige und gefährliche Erweiterung scheint aber vorzuliegen, wenn bei der Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe in Bezug auf ein von mehreren Personen ausgeführtes Verbrechen nicht bloß die auf das bestimmte Verbrechen gerichtete Absicht, sondern auch noch die Absicht festgestellt werden soll, daß das Verbrechen als ein eigenes oder daß es als ein fremdes verübt worden ist." S. ferner Binding, Normen, II. S. 74 unten; Hälschner, Gemeines deutsch. Strafr. I., S. 421 Note 1 und schon Mittermaier im Neuen Arch. d. Krim.-R. I. (1816) S. 174 und im Gerichtssaal XI. (1859) S. 213 nach Note 44a.

[24]) Da es in diesem Buch nicht sowohl auf eine Kritik der subjektiven Teilnahmetheorie als solcher, sondern vielmehr auf eine Kritik der Teilnahmejudikatur des Reichsgerichts abgesehen ist, so mögen hier nur anmerkungsweise einige Bedenken gegen die subjektive Teilnahmetheorie überhaupt angedeutet werden. Ich denke dabei insbesondere an jenes Bedenken, welches zuerst Glaser im Gerichtssaal XVI. (1864)

Digitized by Google

Logisch unvermeidlich aber ist jene Konstruktion der Teilnahme, wie erwähnt, nur bei Annahme der Identität von Ursache und Bedingung.

S. 34 geltend gemacht und welches dann Geyer in Goltdammer's Archiv XVI. (1868) S. 595 und Hälschner im Gerichtssaal XXV. (1873) S. 81 ff. aufgenommen haben: „daß für den allein Handelnden das Motiv in der Regel irrelevant ist, für den mit Anderen Zusammenwirkenden aber den Ausschlag geben soll." Wenn v. Buri hierauf im Gerichtssaal XIX. (1867) S. 281, XXV. (1873) S. 239 ff. antwortet, ein Alleinthäter könne eben nie mit einem, einem fremden Willen gänzlich untergeordneten, Willen, wie ihn der Gehülfe besitze, Urheber werden, weil er keinen Mitwirkenden neben sich habe, dem er seinen Willen unterordnen könne: so ist diese Verteidigung denn doch wohl zu formal: wenn das Charakteristische der Beihülfe die völlige Unterordnung des eigenen Willens unter den eines Andern wäre, warum brauchte dann dieser Andere gerade ein zum Verbrechen Mitwirkender zu sein? — Ich denke weiter an das Bedenken, welches v. Buri selbst [vgl. auch schon Heffter, Lehrb. 3. Aufl. (1857) § 84 sub c.] in seiner Teilnahme (1860) S. 9 ff. angeregt hat, daß bei solchen Verbrechen, welche wie z. B. der Diebstahl einen ganz bestimmten Zweck („sich die Sache rechtswidrig zuzueignen") begrifflich erfordern, nur der diesen bestimmten Zweck Verfolgende als Thäter, jeder einen andern, wenn auch völlig selbständigen, Zweck Anstrebende aber nur als Gehülfe betrachtet werden könne. v. Buri sieht sich a. a. O. zu der Annahme gedrängt, daß auch derjenige Thäter eines Diebstahls sei, welcher die Sache wegnehme, nicht um sie sich zuzueignen, sondern z. B. um dem Bestohlenen ein Beweismittel sich gegenüber zu entziehen. Allein wenn letzterer Zweck wirklich nicht zusammenfällt mit dem Zweck, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen, dann ist der Thäter auch nicht mehr Thäter eines Diebstahls. — Ich denke weiter an das schon oft erhobene Bedenken, daß Niemand ohne eigenes Interesse ein Verbrechen begehen könne (vgl. z. B. Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht I., S. 372, S. 421 zu Note 1; Geyer, Grundriß I., § 40 sub 1 S. 139; s. indessen auch Jhering, Zweck im Recht I., S. 53 ff. „Unmöglichkeit eines Handelns ohne Interesse"). v. Buri hat darauf erwidert — vgl. unten §§ 17, 18 —: mag immerhin auch der Gehülfe ein eigenes Interesse bei seiner Thätigkeit verfolgen; wenn er dasselbe aber dem des Thäters unterordnet, wenn er den Erfolg nur dann will, falls ihn der Thäter will, dagegen nicht will, sollte ihn der Thäter nicht wollen: dann ist seine Willensrichtung doch noch eine absolut andere wie die des Thäters, und diese Unterscheidung zwischen Thätern und Gehülfen sei noch von Niemanden widerlegt worden [s. z. B. Abhandlungen (1862) S. 118; Kausalität (1873) S. 127 ff.; Kausalität (1885) S. 41, 42]. Allein mit dieser Formulierung scheint mir v. Buri gegen anderweitige eigene Aufstellungen zu verstoßen. Er verlangt ja (vgl. unten im § 15) zunächst für jeden Teilnehmer die gleiche formale Absicht, den nämlichen dolus: jeder muß den verbrecherischen Erfolg als solchen wollen. Aber der Gehülfe, wie er ihn schildert, will ja den Erfolg nicht. Er will ihn auch nicht dolo eventuali, wie v. Buri (vgl. unten die Stellen vor Note 53) meint. Denn abgesehen davon, daß man mindestens von demjenigen Gehülfen, der den Thäter im Moment der Ausführung des Verbrechens selbst unterstützt, doch gewiß nicht mehr sagen kann, er wolle das Verbrechen nur, wenn der Thäter es wollen sollte, über dessen verbrecherischen Willen er ja in diesem Momente nicht mehr im Zweifel sein kann; abgesehen davon reden wir von einem dolus eventualis doch nur dann, wenn Jemand das Verbrechen eventuell positiv will, aber nicht dann, wenn er das Verbrechen eventuell will, eventuell aber auch nicht will. Der Gehülfe v. Buri's hat sich zur Zeit zum Verbrechen überhaupt noch nicht entschlossen; er weiß zur Zeit absolut noch nicht, was er will. (Vgl. über das Wollen unter einer Bedingung auch Lasson, Rechtsphilosophie, S. 481). Vergeblich sucht v. Buri (Kausalität 1873 S. 126; Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II., S. 254 ff.) dies zu bestreiten. Wenn Jemandem ein verbrecherischer Erfolg so total gleichgültig ist, wie dem v. Buri'schen Gehülfen, so fehlt es ihm an dem determinierten Willen, den wir dolus nennen. Ein solcher wird dann übrigens auch sicher nicht für den verbrecherischen Erfolg thätig werden. Was Herzog, Rücktritt vom Versuch, 1889 S. 158 f. bemerkt: „Es müßte schon eine ganz anomal

Digitized by Google

Sofort ergiebt sich hieraus das wichtige Resultat, daß, sobald eine Unterscheidung der verschiedenen Bedingungen des Erfolges nach ihrem Werte für den Erfolg, und damit die objektive Teilnahmetheorie **möglich**, dieselbe auch für die Kriminalrechtswissenschaft **nötig** ist. Wer überhaupt die verschiedene Wirksamkeit der für einen Erfolg Thätigen zu Gunsten dieses Erfolges sich denken kann, der hat keine Wahl mehr zwischen subjektiver und objektiver Teilnahmetheorie, der muß, de lege ferenda wenigstens, die letztere allein für richtig halten. Und wer die Teilbarkeit des Erfolges als im positiven Rechte anerkannt nicht zu leugnen vermag, der muß auch de lege lata sich zur objektiven Teilnahmetheorie bekennen.[25])

Am wenigsten jedoch geht es nach dem Gesagten an, Sätze, welche der objektiven, und solche, welche der subjektiven Teilnahmetheorie angehören, nebeneinander zu vertreten. Einem solchen Verfahren könnte der Vorwurf der Prinzipienlosigkeit nicht erspart werden.[26])

---

unentschlossene Natur sein, die gleich im voraus die Eventualität eines freiwilligen Rücktritts (scil. bei Vornahme eines Versuches) ins Auge faßt", das trifft auch v. Buri's Gehülfen, der gleich im voraus die Möglichkeit ins Auge faßt, daß er demnächst nicht wollen sollte. Übrigens urteilt über einen solchen „Sonderling" v. Buri, Kausalität (1885) S. 141 selbst treffend: „Solange der Handelnde die definitive Gestaltung seines Entschlusses bis zu der nächsten in Aussicht genommenen Handlung hinausschiebt, erscheint die Straflosigkeit . . . selbstverständlich." — Ich denke endlich daran, daß die subjektive Teilnahmetheorie ihre Undurchführbarkeit selbst bekennt, indem sie anerkennt, daß nur der Thäter, nie der Gehülfe, die s. g. Haupthandlung vornehmen könne: darüber s. unten im § 19. Man vergleiche auch, um sich zu überzeugen, wie sie damit zu einem Satze zurückkehrt, der schon längst von den Vertretern der objektiven Teilnahmetheorie gelehrt wurde, z. B. Kleinschrod, Grundbegriffe I., (3. Aufl. 1805) S. 356.

[25]) Oben zu Note 17—21 wurden nur solche Vertreter der subjektiven Teilnahmetheorie genannt, bei welchen dieselbe auf der festen Grundlage der entsprechenden Kausaltheorie, der Theorie von der gleichen Wesentlichkeit aller Bedingungen für den Erfolg, aufgebaut ist. Hier seien nun die übrigen namhaftesten Vertreter der subjektiven Teilnahmetheorie genannt, bei welchen diese Basis fehlt, indem sie entweder die Möglichkeit einer verschiedenen Wirksamkeit der Bedingungen für den Erfolg anerkennen, also eigentlich die objektive Teilnahmetheorie verteidigen müßten, oder aber einen positiven Ursachenbegriff überhaupt nicht aufstellen, sondern — wie nach Stübel bis zu v. Buri fast allgemein üblich — lediglich die Umstände aufzählen, durch die ein vorhandener Kausalzusammenhang nicht aufgehoben werde. Es gehören hierher: Henke in seinem Handbuch I. (1823), S. 285 ff., 527 ff.; Wächter, Lehrbuch I. (1825), § 88 S. 147, 148; Vorlesungen (1881), § 80; Bauer, Abhandlungen I. S. 418—420, 427—429, 455, 460, 461; Lehrbuch, 2. Aufl. (1833), §§ 66, 75; Zachariae, Zur Lehre von der Teilnahme: Arch. d. Kr. R. (1851), S. 215; Heffter, Lehrbuch, 6. Aufl. (1857), §§ 83, 84 cf. § 231; Geib, Lehrbuch II. (1862), S. 318; Brauer in Jagemann und Brauer, Kriminallexikon (1854) sub „Gehülfe". Marezoll endlich in seinem Gemeinen deutschen Kriminalrecht, 3. Ausg. (1856), S. 127 ist so wenig klar, daß ihn z. B. Köstlin, Neue Revision I., S. 470 den Vertretern der subjektiven, Schütze, Lehrbuch, § 47 Note 10 den Vertretern der objektiven Teilnahmetheorie zuzählt.

[26]) Vgl. hieher v. Buri, Abhandlungen (1862), S. 137 (gegen Hepp); S. 142 (gegen Hepp, Heffter, Abegg und Marezoll); S. 149 (gegen Hälschner). Vgl.

Digitized by Google

§ 4.

Um nun auf Grundlage dieser Anschauungen die Judikatur des Deutschen Reichsgerichts — welches bekanntlich in der Kausalitätslehre die Theorie der Identifizierung von Bedingung und Ursache vertritt,[27]) also in der Teilnahmelehre die subjektive Theorie vertreten **muß** — einer Kritik unterziehen zu können, wird es sich vernotwendigen, vorerst ein in der Litteratur bis jetzt noch fehlendes kritisches Gesamtbild der subjektiven Teilnahmetheorie zu entrollen; dann neben dieses Bild die Konstruktion der Teilnahme im positiven Recht zu halten; und endlich diesen Konstruktionen der Teilnahmelehre gegenüber die Teilnahmetheorie des Reichsgerichts auf Grund einer erschöpfenden Berücksichtigung seiner Judikatur darzustellen, deren Kritik sich dann auf jener Basis von selbst ergeben wird.

Derselben, Teilnahme (1860), S. 2: „Das subjektive Prinzip schließt hiernach das objektive vollständig aus, und eine Vereinigung beider, wie sie so häufig vorkommt, kann nur zu Verwirrung und Unrichtigkeiten führen"; und Abhandlungen (1862), S. 136 ff.

[27]) Vgl. meinen Ursachenbegriff Note 57 und hier unten den dritten Abschnitt am Anfang.

Digitized by Google

Erſter Abſchnitt.

Die ſubjektive Teilnahmetheorie.

Digitized by Google

Digitized by Google

Plan dieses Abschnittes.

§ 5.

Es soll im Nachstehenden der Versuch gemacht werden, auf der Basis des Grundsatzes von der Einheit des Erfolges und von der Identität von Bedingung und Ursache die Teilnahmelehre zu konstruieren so, wie sie sich bei streng logischer Entwickelung auf dieser Basis gestalten muß. Wir können uns dabei meist auf v. Buri stützen, der anerkanntermaßen jene Kausaltheorie am konsequentesten bei der Ausgestaltung der Lehre von der Teilnahme festgehalten und zu ihren Folgesätzen entwickelt hat. Gleichwohl können wir nicht einfach auf v. Buri's Teilnahmelehre verweisen. Denn einmal ist die letztere vollständig nur aus allen seinen oben in Note 20 aufgezählten Schriften zusammen zu entnehmen, von denen jede spätere wieder, durch inzwischen erfolgte Entgegnungen angeregt, ein neues und oft recht wichtiges Steinchen in die Mosaik des Ganzen einfügt. Und dann sind wir doch nicht überall in der Lage, die v. Buri'sche Darstellung der Teilnahmetheorie selbst von seinem Ausgangspunkt aus als richtig anzuerkennen. Wir sind darum veranlaßt, die subjektive Teilnahmetheorie selbständig darzustellen, umsomehr, als wir dabei auch den Stoff gleich so anzuordnen vermögen, wie er sich am besten zur Vergleichung mit der reichsgerichtlichen Teilnahmetheorie eignet.

Überall aber, wo wir uns auf v. Buri stützen können, halten wir es für zweckmäßig, ihn die von uns gefundenen Resultate durch seine eigenen Worte unterstützen zu lassen. Auch dafür haben wir einen doppelten Grund. Die durchaus originelle Denk- und Sprechweise v. Buri's gestattet nicht, seine Aussprüche zu referieren. Zugleich ist der Wortlaut der letzteren von Interesse gegenüber dem Wortlaut der Entscheidungen des Reichsgerichts. Wir lassen daher — da wir unseren Lesern nicht zumuten können, unseren Verweisungen folgend die Aussprüche v. Buri's über die einzelnen Lehrsätze der subjektiven Teilnahme-

Digitized by Google

theorie sich aus seinen zahlreichen Schriften selbst zusammenzutragen — diese Aussprüche, soweit es uns angemessen schien, verbotenus abdrucken.

Das Bild endlich, welches wir so von der subjektiven Teilnahmetheorie geben, wird soweit ins Detail gehen müssen, als auch die Judikatur des Reichsgerichts bereits ins Detail der Teilnahme eingedrungen ist, um so als ein Spiegel dienen zu können, der jede Inkonsequenz dieser Judikatur treu zu veranschaulichen imstande ist.

Erstes Kapitel.

Die Mitwirksamkeit aller Teilnahmehandlungen für den Verbrechenserfolg.

§ 6.

Eine Vorfrage ist zunächst zu erledigen. Die subjektive Teilnahmetheorie leugnet die Möglichkeit einer objektiven Scheidung der Teilnehmer unter sich und von den Thätern, indem sie den Syllogismus aufstellt: Jede Bedingung eines Erfolges verursacht den ganzen Erfolg. Jeder Teilnehmer an einem Verbrechen setzt eine Bedingung des konkreten verbrecherischen Erfolges. Also verursacht ein jeder Teilnehmer gleich dem Thäter den ganzen Erfolg.

Ist — die Richtigkeit des Obersatzes vorerst immer angenommen — der Untersatz richtig? Gehört es wirklich zum Begriff einer jeden Teilnahme, daß sie irgend welche Mitwirksamkeit für den verbrecherischen Erfolg enthält? Nur dann, wenn diese Frage zu bejahen ist, ist die ganze Argumentation, welche die Basis der subjektiven Teilnahmetheorie bildet, schlüssig. Die Antwort auf unsere Frage ist präjudiziell für die Existenzberechtigung der subjektiven Theorie.[28b])

§ 7.

Es ist bekannt, daß hinsichtlich der Beihülfe[28a]) schon die italienischen Kriminalisten unsere Frage verneint haben. Sie unterschieden

---

[28b]) Nicht auch für die der objektiven Theorie: vgl. v. Buri, Kausalität (1885), S. 53 Z. 12 ff. von oben. S. auch hier unten Text vor Note 189.

[28a]) Wenn Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen (1880), S. 659 sogar vom Anstifter behauptet, daß er „eine Mitwirksamkeit für das Verbrechen nicht ausübt", so ist das wohl nur ein schiefer Ausdruck für den richtigen Gedanken, daß der Anstifter das Verbrechen nicht verursacht. Eine Bedingung für dasselbe setzt er ganz unzweifelhaft.

Digitized by Google

einen auxiliator, qui causam dedit delicto, welchen sie auf Grund der l. 15 D. ad leg. Corn. de sic. 48, 8: Nihil interest, occidat quis, an causam mortis praebeat, dem Urheber gleich bestraft wissen wollten, und einen auxiliator, qui causam non dedit, welcher milder als der Urheber zu strafen sei. Als auxiliator qui causam non dedit aber betrachteten sie sowohl Den, der nur eine entfernte Bedingung für den Erfolg gesetzt hatte, wie Denjenigen, dessen Thätigkeit eine Bedingung für den Eintritt des Erfolges überhaupt nicht enthielt.

So finden wir die Lehre bei den von Geib, Lehrbuch, Band II., S. 338 zitierten Schriftstellern,[29]) von welchen ihr

> Prosper Farinacius (1544—1618) im 5. Teil seiner Opera criminalia im 15. tit. de consultoribus, auxiliatoribus et mandatoribus

am ausführlichsten und verständlichsten Ausdruck gegeben hat.[30]) Auf dieser Grundlage findet sich unsere Frage dann entschieden nicht nur bei den Spaniern

> vgl. z. B. Petrus a Plaça a Moraça, Epitome delictorum (1560) lib. I, c. 16,

und bei den Holländern

> vgl. z. B. Damhouder († 1581), Prax. rer. crim. c. 133 n. 2 und 3;

sondern auch im gemeinen Deutschen Strafrecht.[31]) Hier aber entwickelten sich auf jener Grundlage zwei Einteilungen der Beihülfe. Man unterschied einmal einen concursus remotus und proximus, entfernte und nächste Teilnahme, je nachdem das Verbrechen, zu welchem der Gehülfe eine Wirksamkeit in concreto beigetragen hat, in abstracto auch ohne diesen Beitrag hätte verübt werden können oder nicht. Die letztere Art der Beihülfe nannte man auch unentbehrliche Beihülfe, societas principalis, Haupthülfe, concursus plenus, sie wurde der Urheberschaft gleichgestellt.[32]) Diese Ansicht setzte also die konkrete Mitwirksamkeit der

---

[29]) Vgl. außer ihnen noch Marcus Antonius Blancus († 1548), practica criminalis, Cap. Posteaquam vidimus, n. 4 und 5.

[30]) Als Beispiel eines auxiliator, qui causam delicto non dedit, wird in n. 43 genannt is, qui accommodavit domum, ut in ea delictum committeretur, et delictum fuit commissum in alia domo.

[31]) Vgl. hierher auch Geyer in von Holtzendorff's Handbuch II., S. 389, § 30.

[32]) Vgl. z. B. Klein, Grundsätze ꝛc. Er verlangt in § 139, daß alle Teilnehmer „zu der Wirklichkeit des Verbrechens etwas beitragen". Unter ihnen aber müsse man, so heißt es im § 138, „diejenigen von den übrigen unterscheiden, welche eine zu Ausführung des Verbrechens notwendige Hülfe geleistet haben und die man eben deswegen die unentbehrlichen Gehülfen nennen könnte, die man aber mit dem Namen der Hauptteilnehmer (socii principales) zu belegen pflegt". Und auf die

Digitized by Google

Beihülfe für den Erfolg als selbstverständlich voraus. Sie ist unter der Terminologie der wesentlichen und der unwesentlichen Beihülfe auch in die deutsche Partikulargesetzgebung, namentlich in die preußische,[32a]) übergegangen. Sie interessiert uns an dieser Stelle nicht weiter. Man unterschied aber weiter auch wesentliche und unwesentliche Teilnahme in einem anderen Sinn, je nachdem der Gehülfe durch seine auf die Unterstützung eines Verbrechens gerichtete Thätigkeit zu dem konkreten verbrecherischen Erfolge selbst wirklich etwas beigetragen hatte oder nicht. Auch solche wesentliche Teilnahme nannte man wohl Hauptteilnahme, im Gegensatz zur Nebenteilnahme, und stellte sie in der Bestrafung der Urheberschaft gleich[33]). Diese Ansicht setzte also voraus, daß es Bei-

---

nämlichen Gehülfen bezieht sich dann auch § 139 vv. „Die zu Ausführung des Verbrechens notwendig gewesene Hülfe wird die volle Mitwirkung (concursus plenus ad delictum) genannt." In § 140 wird dann diese volle Mitwirkung für der Thäterschaft gleich strafbar erklärt. Kleinschrod, System. Entw. § 197: „Gehülfe eines Verbrechens ist Derjenige, der solches zwar nicht vorzüglich veranlaßt, sondern der die Missethat durch irgend eine Handlung befördert, welche von einem Andern begangen wird." § 198, S. 359: „Wenn nun der Verbrecher sich eine That vornahm, so konnte er sie entweder ohne unseren Beistand ausführen oder nicht. Konnte er es nicht, so tritt der Fall ein, von dem oben die Rede war, wir sind sodann Urheber." Vgl. auch noch Quistorp, Grundsätze, § 85; Stübel, Thatbestand, § 36. In seiner Teilnahme (1828), § 4 beschränkt Stübel sogar den Begriff der Beihülfe oder der „ungleichen Teilnahme" auf den Fall, wo die in concreto vollzogene Mitwirksamkeit in abstracto für den Erfolg entbehrlich gewesen wäre. Vgl. dagegen insbes. Berner, Teilnahme, S. 235; v. Buri, Abhandlungen, S. 160.

[32a]) Das allg. preuß. L. R., II. 20, nachdem es im § 71 denjenigen Gehülfen mit der ordentlichen Strafe des Urhebers bedroht hatte, ohne dessen Hülfe „das Verbrechen nicht hätte begangen werden können", fuhr in § 72 fort: „Ist der geleistete Beistand zur Ausführung des Verbrechens nicht notwendig gewesen, so wird dieser Beistand dennoch nach dem Verhältnisse, wie er das Verbrechen erleichtert oder befördert hat, und nach Maßgabe der Schwere des Verbrechens selbst, an dem Hülfeleistenden geahndet." Daraus entwickelten sich nach mannigfachen Wandlungen in den verschiedenen Entwürfen (s. Goltdammer's Materialien I., S. 282 ff.) die Bestimmungen in § 34, Z. 2 und § 35 des Preußischen St.-G.-B. von 1851, welche dem Richter in jedem Falle der Beihülfe die Aufgabe stellten zu konstatieren, ob die damit vollzogene Teilnahme eine „wesentliche" war oder nicht. Unter einer wesentlichen Teilnahme verstand dabei das Gesetz (Goltdammer lc. S. 325) eine solche „ohne welche unter den vorhandenen Umständen das Verbrechen nicht hätte begangen werden können". Und mit Recht führt nun Goltdammer lc. S. 326 aus, „daß die Mittel, wenn sie auch unter anderen Umständen unentbehrliche gewesen sein würden, in diesem Falle aber gar nicht gedient haben, eine durch das Strafgesetz geahndete Teilnahme nicht begründen." Wer also z. B., um einem Dieb zu helfen, eine Leiter bringe, die der Dieb nicht brauche, weil er bereits eine andere genommen hatte, habe überhaupt keine strafbare Hülfe geleistet.

[33]) Vgl. z. B. Luden, Abhandlungen II., S. 391, 392 vv.: „Hauptteilnahme ist diejenige, in welcher eine Mitwirkung zur objektiven Existenz des Verbrechens enthalten ist, so daß ohne sie dasselbe nicht in der geschehenen Weise aus den Handlungen der Anderen entstanden sein würde. Nebenteilnahme ist diejenige, welche zur objektiven Existenz des Verbrechens nicht mitwirkt, so daß die Handlungen der Anderen auch ohne sie zu demselben geführt haben würden. Der Hauptteilnehmer ist wie der Urheber strafbar..... Der Nebenteilnehmer ist in geringerem

Digitized by Google

hülfe zu einem Verbrechen auch ohne irgend welche objektive Mitwirksamkeit für den betreffenden verbrecherischen Erfolg gebe. Ja, manche Schriftsteller sahen sogar gerade darin das Wesen jeder Beihülfe, daß sie zum verbrecherischen Erfolg nichts dürfe beigetragen haben.[34])

§ 8.

Gäbe es wirklich eine solche Beihülfe ohne Mitwirksamkeit für das Verbrechen, so wäre die Grundlage der subjektiven Theorie erschüttert. Allein jene Annahme ist unrichtig. Wegen vollendeten Verbrechens können wir stets nur Denjenigen strafen, welchem wir bezüglich eines konkreten verbrecherischen Erfolges objektive Wirksamkeit und subjektive Verschuldung nachweisen können. Die Bestrafung wegen vollendeter Beihülfe setzt also immer voraus, daß der zu Bestrafende mindestens eine Bedingung für den konkreten Verbrechenserfolg gesetzt habe. Es kommt dabei nicht darauf an, ob diese Bedingung durch körperliche Thätigkeit oder durch intellektuelle Einwirkung in der Richtung auf den verbrecherischen Erfolg gesetzt worden ist, und mit Recht macht v. Buri darauf aufmerksam, daß in manchen Fällen, wo die vom Gehülfen entfaltete Thätigkeit zur Hervorbringung des konkreten Erfolges nichts beigetragen zu haben scheint, sie doch den verbrecherischen Entschluß des Thäters könne bestärkt und dadurch zum Verbrechen mitgewirkt haben.[35]) Hat aber Jemand, zwar mit dem Vorsatz ein Verbrechen zu unterstützen, eine Thätigkeit entfaltet, welche zu dem Verbrechenserfolg nicht das Mindeste beitrug,[36]) so könnte diese rein subjektive Mitwirkung zum Verbrechen

---

Grade strafbar." Vgl. ferner das Referat bei Geib lc. S. 374: „Unter Hauptgehülfen sollen, im Gegensatze zu den Nebengehülfen, diejenigen zu verstehen sein, ohne deren Zuthun das (scil. konkrete) Verbrechen nicht würde haben verübt werden können, also namentlich diejenigen, welche die zur Verübung des Verbrechens erforderlichen Mittel herbeischaffen oder die der Verübung desselben entgegenstehenden Hindernisse beseitigen — sog. wesentliche Beihülfe; die Hauptgehülfen sollen auf derselben Stufe der Strafbarkeit stehen, wie die eigentlichen Urheber." Siehe auch noch die hierfür bei Geib zitierten Autoren. Übrigens zeigen Geib's Zitate, daß er die beiden im Text geschiedenen Anschauungen durcheinanderwirft.

[34]) So definiert Grolmann, Grundsätze, § 35: „Gehülfen sind alle Teilnehmer, auf deren Handlungen man nicht zurückkommen muß, um das Entstehen der Rechtsverletzung aus seiner Ursache zu erklären."

[35]) Vgl. z. B. G.-S. XXV. S. 241, s. ferner unten Note 37. Vgl. auch Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 386 sub 2.

[36]) Z. B. der A. hat, wissend daß B. im Begriffe sei, einen Einbruchsdiebstahl zu verüben, in der Nähe Wache gehalten, um ihn nötigenfalls vor Überraschung zu warnen. B. hat davon nichts gewußt, sodaß das Wachehalten des A. keine intellektuelle Förderung des verübten Diebstahls enthält, zugleich aber ist während der Verübung Niemand in die Nähe gekommen, vor dem A. den B. hätte warnen müssen, sodaß sein Wachehalten auch rein physisch betrachtet nichts zum Erfolge beitrug.

Digitized by Google

höchstens als strafbarer Versuch der Beihülfe erscheinen.[37]) Und auch dies nur dann, wenn man — wie v. Buri und Janka[38]) — auf dem Boden der subjektiven Versuchstheorie steht, welche dem Versuch jeden objektiven Thatbestand abspricht.[39]) Doch nicht die versuchte, sondern die vollendete Beihülfe steht hier zur Frage. Und daß wir Den, der seinen Vorsatz, ein Verbrechen zu unterstützen, durch irgend welche auch nicht entfernt kausale Handlung bethätigt hat, nicht wegen vollendeter Beihülfe zu diesem Verbrechen bestrafen dürfen, steht fest. Wir müßten sonst auch schon Den, welcher sich zur Unterstützung des von einem Andern nachher begangenen Verbrechens bereit erklärt hat, selbst wenn er hierdurch keine intellektuelle Einwirkung auf den Andern geübt hat, wegen vollendeter Beihülfe strafen, und kämen damit völlig in das Fahrwasser der alten längst überwundenen Komplottheorie zurück. Wie wir nicht minder auch die Konsequenz anerkennen müßten, daß auch die nach begangenem Verbrechen geleistete Unterstützung Beihülfe sei, und so zu einer Reaktivierung der alten Einteilung der Teilnahme in einen concursus antecedens, concomitans und subsequens zurückgelangten; während man doch eben die sog. nachfolgende Teilnahme als Begünstigung von der Teilnahme im echten Sinn in dem Moment ausschied, wo man

---

[37]) Vgl. v. Buri, Teilnahme (1860), S. 66; Abhandlungen (1862), S. 124, Note 7: „Eine Kraft, welche zwar in Bewegung gesetzt, für den eingetretenen Erfolg aber nicht wirksam geworden ist, läßt sich natürlich, ohne den Erfolg in seinem Bestehen zu alterieren, wegdenken, wie etwa dann, wenn sich Jemand ohne Vorwissen der Thäter, also ohne intellektuell wirksam geworden zu sein, auf Wache gestellt hat, die Ausführung des Verbrechens aber nicht gestört worden ist. Deshalb liegt aber auch hier in dem Wachestehen keine Beihülfe, sondern lediglich der Versuch der Beihülfe (oder auch der Urheberschaft)." Janka, Österr. Strafrecht, § 69 sub IV.: „Ist Beihülfe (wie jede Teilnahme) Mitwirksamkeit für den Verbrechenserfolg, ... so folgt, daß Beihülfe lediglich versucht ist, nicht nur wenn der Verbrechenserfolg . . . . . nicht bewirkt ist, sondern auch dann, wenn derselbe von Seiten des Thäters bewirkt wurde, aber ohne die thatsächliche Mitwirksamkeit der entfalteten Thätigkeit des Gehülfen. Der Thäter hätte beispielsweise die ihm von einem Anderen verschaffte Brechstange nicht benutzt, weil er sie nicht benötigte. Doch kann, die Erfolgsbewirkung vorausgesetzt, die versuchte physische Beihülfe vollbrachte psychische Beihülfe sein." Vgl. auch v. Liszt, Lehrb., § 52 sub IV. 2; Hälschner, Gemeines Strafr. I., S. 386, 387.

[38]) v. Buri, Kausalität (1873), S. 152: „Bereits in meinen Abhandlungen 1862, S. 53—90 ist die Unhaltbarkeit der Theorie eingehend nachzuzeigen versucht worden, deren Signatur hauptsächlich in dem Satze gipfelt, daß der Versuch auch einen objektiven Thatbestand habe." Janka, Österr. Strafr. § 61, insbes. sub II. S. auch unten Note 75.

[39]) Von diesem Standpunkt aus gelangt man dann auch zur Bestrafung der unwirksam gebliebenen Anstiftung. Vgl. einstweilen v. Buri, Teilnahme, S. 48: „Auch der intellektuelle Urheber . . . . . wird nur wegen Versuchs bestraft, während der physische Urheber wegen des vollendeten Verbrechens haftet, wenn sich die von ihm geäußerte intellektuelle Thätigkeit nicht in dem eingetretenen Erfolg objektiviert hat." S. auch S. 52 sub a, ebenda.

Digitized by Google

in der echten Teilnahme eine Mitwirksamkeit für die Hervorbringung des verbrecherischen Erfolges erkannte.[40])

§ 9.

So geht denn die communus opinio der Theorie, wie sie sich schon in der Definition der Teilnahme und in ihrer Unterscheidung von der Begünstigung offenbart, dahin, daß jeder Teilnehmer, insbesondere auch der Gehülfe, irgend etwas zur Erzeugung des konkreten Verbrechens müsse beigetragen haben. Und zwar lehren dies die Vertreter so der objektiven wie der subjektiven Teilnahmetheorie.[41]) Insbesondere aber v. Buri und Janka betonen mit aller Entschiedenheit diese Basis ihrer ganzen Teilnahmetheorie.

Vgl. v. Buri:

Teilnahme (1860) S. 64: „Die Beihülfe ist vollendet, sobald sich die

---

[40]) Berner, Teilnahme, S. 238: „Fordern wir auch für die Gehülfenthätigkeit Kausalzusammenhang, so erscheint sog. nachfolgende Beihülfe als ein Unding." v. Liszt, Lehrbuch, § 48 sub III., 1: Keine Teilnahme ist: „1. Die Begünstigung. Denn es fehlt ihr, da sie erst nach Begehung der That möglich ist, das einzige Merkmal, das allen Formen der Beteiligung gemeinsam ist: das Setzen einer Bedingung zu dem eingetretenen Erfolge."

[41]) Vgl. z. B. Feuerbach, Lehrbuch, §§ 45, 112, der in jedem Teilnehmer eine Ursache des Verbrechens, in dem Urheber eine Haupturſache, in dem Gehülfen eine Nebenursache sieht; Stelzer, Lehrbuch, § 135: „Wer unmittelbar oder durch Nebenhandlungen zur Existenz des Verbrechens etwas beiträgt, heißt Gehülfe"; Geib, Lehrbuch II., § 104, S. 318, der in die Definition der Gehülfen wie der Urheber die Worte aufnimmt, „welche für die Hervorbringung des Verbrechens thätig sind"; Köstlin, System I. S. 270: „Teilnahme wird begründet durch Zusammenhandeln und setzt irgend welche Mitwirkung zur Hervorbringung einer bestimmten Handlung voraus"; Hälschner, System I., S. 312: nur die Summe aller gegebenen Bedingungen eines Erfolges ist dessen notwendige Ursache „und aus dieser Kette kann nicht irgend ein Glied, z. B. die Thätigkeit eines Gehülfen, als überflüssig und entbehrlich losgelöst werden"; Derselbe, Gem. Deutsch. Strafr. I., § 152 S. 365; § 159 S. 381: Die Voraussetzung für die Verantwortlichkeit des Gehülfen wie des Thäters ist es, „daß die Thätigkeit eines Jeden in ursächlicher Beziehung zu dem Erfolge steht"; Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II., S. 389, 390: „Nun kann aber von jeder Hülfeleistung behauptet werden, daß ohne sie die That, so wie sie begangen wurde, (in concreto) nicht möglich war"; v. Liszt oben in Note 40; Berner ebenda und Lehrbuch (14. Aufl.) § 82 in.; u. A. m. Die scheinbar abweichende Meinung von Krug, Abhandlungen IV. S. 78 vv.: „müssen wir sowohl den Verfechtern der objektiven, als denen der subjektiven Theorie den Vorwurf machen, daß sie schon formell von keinem ganz richtigen Begriffe der Beihülfe ausgehen, indem sie sie als eine Mitwirkung zum Verbrechen, zur Hervorbringung des verbrecherischen Erfolges bezeichnen, also das Kausalitätsverhältnis zum Prinzip aller Teilnahme erheben ..... Nun besteht aber das Wesen der Beihülfe darin, daß sie die Handlung eines Anderen unterstützt. Dies ergiebt sich schon aus der sprachlichen Bedeutung des Gehülfen ..... Helfen bedeutet nicht das Verhältnis einer Handlung zu dem Erfolge, sondern das zu einer fremden Handlung" hat bereits v. Buri, Abhandlungen (1862) S. 159 auf ihre wahre Bedeutung zurückgeführt, wenn er hier sagt: „Da jedoch die Beförderung der Ursache einer Erscheinung notwendigerweise zur mitwirkenden Ursache der Erscheinung selbst werden muß, so stellt sich diese Anschauung ..... sofort als unrichtig dar."

Digitized by Google

Thätigkeit des Gehülfen in dem beabsichtigten verbrecherischen Erfolg objektiviert."

Abhandlungen (1862) S. 145: „Wie aber Jemand, welcher weder physisch noch intellektuell für einen verbrecherischen Erfolg wirksam geworden ist, für denselben gestraft werden soll, das erscheint als vollkommen unbegreiflich."

Goltdammer's Archiv XII. (1864) S. 513, 514: „Man mag sich auf einen Standpunkt stellen auf welchen man will, stets wird Kausalität zwischen der intellektuellen Thätigkeit und dem begangenen Verbrechen zur Bestrafung wegen vollendeter Urheberschaft oder Beihülfe erforderlich sein, denn Niemand kann wegen eines Verbrechens bestraft werden, für welches er nicht wenigstens einen Beitrag geliefert hat."

Zeitschr. f. d. ges. Straf.-W. II. (1882) S. 252: es kann nicht bestritten werden, daß die Thätigkeit des Gehülfen „sich als eine Mitwirksamkeit für den Erfolg erweist".

Kausalität (1885) S. 39 oben: von mehreren Teilnehmern an einem Verbrechen „muß jeder Einzelne wirksam für den Erfolg geworden sein."

Janka, Österr. Strafrecht:

§ 67 sub II.: „Verbrecherische Teilnahme ist schuldhaftes Mitwirken zu dem Verbrechenserfolge";

sub III.: „jede Teilnahme ist Mitwirksamkeit für den Erfolg."

§ 69 sub II. 1: „Verfehlt ist die Unterscheidung zwischen wesentlicher und unwesentlicher Beihülfe, auf welcher die Unterscheidung des sog. Haupt- und des Nebengehülfen beruht. Beihülfe ist Mitwirksamkeit, d. i. Kausalität, und was kausal ist, ist für das Verursachte wesentlich. Sohin giebt es keine außerwesentliche Beihülfe."

Vgl. auch oben in Note 35.

Wir halten alle diese Aussprüche für durchaus zutreffend.

Zweites Kapitel.

Die Unmöglichkeit einer objektiven Unterscheidung.

§ 10.

Muß nun aber ein jeder Teilnehmer an einem Verbrechen eine Bedingung des verbrecherischen Erfolges gesetzt haben, und wird durch jede Bedingung in gleicher Weise der ganze Erfolg verursacht, so hat ein jeder Teilnehmer, man mag ihn Mitthäter oder Anstifter oder Gehülfe nennen, den Erfolg in gleicher Weise und ganz ebenso, wie der Thäter selbst verursacht; nach ihrer Thätigkeit, auf der objektiven Seite des Verbrechens, kann man zwischen allen diesen Personen nicht unterscheiden.

Digitized by Google

Diesen unanfechtbaren Schluß aus ihren Prämissen ziehen v. Buri und Janka mit aller Schärfe.

Man vgl. z. B. v. Buri, G.-S. XXV. S. 238:

„Meiner Ansicht nach (s. m. Teilnahme 1860. Abhandlungen 1862. Gerichtssaal 1867, 1870. Goltdammer's Archiv 1869; m. Schrift über Kausalität 1873) umfaßt die bloße Mitwirksamkeit — die physische sowohl wie die intellektuelle — hinsichtlich ihrer Kausalität die ganze That, sodaß, den entsprechenden Willen vorausgesetzt, jeder Mitwirkende wegen seiner eigenen Kausalität auch die ganze That verantworten muß. Eine objektive Verschiedenheit hinsichtlich des Maßes der Einzelthätigkeit besteht sonach nicht."

Janka, Österr. Strafrecht § 67 sub III.:

„Wird erkannt, daß jede Teilnahme Mitwirksamkeit für den Erfolg, und andererseits, daß jede Mitwirksamkeit ursachlich und eben darum jeder anderen Mitwirksamkeit in ihrer objektiven Bedeutsamkeit für den Erfolg vollkommen gleich ist, dann erscheinen alle Teilnehmer gleichmäßig als Urheber oder Ursacher; aus der kausalen Bedeutung ihrer Handlungsweise ergeben sich Unterscheidungsmerkmale nicht."

§ 11.

Insbesondere also besteht hingesehen auf ihre objektive Bedeutung für den erzielten Verbrechenserfolg kein Unterschied zwischen der Thätigkeit des Mitthäters (bez. Thäters) und des Gehülfen. Wohl läßt sich bei den einzelnen Teilnehmern, ihre Thätigkeit rein äußerlich und getrennt für sich betrachtet, ein verschiedenes Maß von Mitwirksamkeit für den Erfolg unterscheiden. Und man mag immerhin die größere und die geringere Wirksamkeit der einzelnen Teilnehmer auseinanderhalten durch Entgegensetzung von Ausführungs- und Vorbereitungs-, Begehungs- und Unterstützungs-, Haupt- und Nebenhandlung. Aber diese Verschiedenheit ist doch immer nur eine relative und darum rechtlich irrelevante. Sobald wir die Handlungen der verschiedenen Teilnehmer betrachten nach ihrer Kausalität für den gemeinsam erzeugten Erfolg, ist jede von gleicher Wesentlichkeit für denselben: die Handlung des Gehülfen hinweggedacht, würde der konkrete verbrecherische Erfolg ebensowenig haben erzielt werden können, wie ohne die Handlung des Thäters. Juristisch besteht also unter ihnen kein Unterschied.

Man vgl. v. Buri, Teilnahme S. 2.

„Grundsatz der gleichen oder doch nur relativ ungleichen Wesentlichkeit einer jeden Thätigkeit, welche zum Bestandteil des eingetretenen Erfolges geworden ist";

„Es unterscheidet demnach zwar auch diese Ansicht eine ausführende und eine nur unterstützende Thätigkeit, allein . . . . . ohne Berücksichtigung

Digitized by Google

der Objektivität (wird) die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihülfe lediglich von der subjektiven Seite des Verbrechens hergeleitet";

S. 4: „denn es wurde schon ausgeführt, daß die größere oder geringere Thätigkeit für den gleichmäßig gewollten Erfolg nur einen relativen Unterschied unter den einzelnen Teilnehmern zu begründen vermag";

Goltdammer's Archiv XII. S. 509 (gegen Berner's späteren Standpunkt oben Note 13):

„Müssen wir hiernach alle Kräfte, welche für die Existenz des Verbrechens überhaupt von Wirksamkeit geworden sind, als zur Hervorbringung des konkreten Thatbestandes gehörig betrachten, und ist es zweifellos, daß auch in der Handlung, welche zur bloßen Beförderung gereicht, eine Wirksamkeit für die Hervorbringung des Verbrechens zu finden ist, so ist es klar, daß der von Berner gemachte Unterschied zwischen einer Begehungshandlung und einer lediglich zur Beförderung der Begehung gereichenden Handlung nicht bestehen, und daß eben darum auf diese angebliche Verschiedenheit auch der Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihülfe nicht gestützt werden kann";

Goltdammer's Archiv XVII. S. 234:

„Eine relevante Verschiedenheit der Wirksamkeit (des Urhebers und des Gehülfen) für den Erfolg erkennt die subjektive Theorie so wenig an, daß ihre ganze Existenz durch die Gleichartigkeit der Wirksamkeit des Urhebers und des Gehülfen bedingt ist";

Gerichtssaal XXVIII. S. 192;

Kausalität (1885) S. 39:

Ein Unterschied zwischen Urhebern und Gehülfen kann in objektivem Sinne nicht gemacht werden: „denn auch die beihelfende Wirksamkeit ist so wesentlich für den Erfolg, daß er ohne sie so, wie er sich ereignet hat, nicht eingetreten sein würde".

Und speziell mit Bezug auf die sog. Haupthandlung [42])

v. Buri, Teilnahme (1860) S. 8:

„da ja die Haupthandlung objektiv nur von relativ größerer Wesentlichkeit für den Erfolg sein kann, als jede andere Thätigkeit, die sich in demselben vorfindet";

Abhandlungen (1862) S. 118:

„Die Haupthandlung an einem Verbrechen ist diejenige, durch welche das Verbrechen aus dem Stadium des Versuchs zur Vollendung übergeführt wird . . . . . Jede andere wirksam gewordene Thätigkeit ist gerade so notwendig für den konkreten Erfolg, wie die Haupthandlung";

Goltdammer's Archiv XVII. S. 306 ff.; XXV. S. 279; Kausalität (1873) S. 102 ff., S. 118; Gerichtssaal XXVII. S. 196; XXIX. S. 270.

Janka a. a. O. § 67 III. i. f.

Eben deswegen kann die subjektive Theorie es auch als richtig nicht anerkennen, daß Mitthäterschaft nur durch Thatbestandshandlungen, Bei-

---

[42]) Vgl. unten § 19.

Digitized by Google

hülfe nur durch Nichtthatbestandshandlungen begangen werden könne. Diese Unterscheidung ist entweder rein formaler Natur und daher von vornherein, auf die Kausalität der Handlungen hingesehen, irrelevant; oder aber sie fällt mit der soeben bereits zurückgewiesenen Unterscheidung zusammen.

Vgl. hierher insbesondere v. Buri gegen Hälschner im Gerichtssaal XXV. (1873) S. 241 ff.

§ 12.

Nicht minder aber kann es auch keinen juristischen Unterschied unter den Teilnehmern begründen, mögen sie nun durch physische oder durch intellektuelle Mitwirksamkeit eine Bedingung des Erfolges gesetzt haben. Denn jede Bedingung eines Erfolges ist ja in gleicher Weise wie die übrigen Ursache desselben. M. a. W. hingesehen auf die Kausalität ihrer Mitwirkung für den Erfolg stehen auch die Anstifter und die intellektuellen Gehülfen den Thätern und den physischen Gehülfen so völlig gleich, daß sie nicht von ihnen geschieden werden können.[43])

So insbes. v. Buri in Goltdammer's Archiv XVII. S. 312:

„Damit wäre sodann aber wieder erwiesen, daß die Bestimmung des Urhebers nur als eine derjenigen Kräfte angesehen werden kann, welche für den verbrecherischen Erfolg in Thätigkeit gesetzt worden sind, und darum keiner anderen Beurteilung vom objektiven Standpunkte aus zu unterziehen ist, als jede andere physische Mitwirksamkeit";

Gerichtssaal XXV. S. 238: s. oben § 10.

Gerichtssaal XXVIII. S. 200:

„Die intellektuellen Kräfte sind gerade so wirksam für den Erfolg wie die physischen, und es verursacht darum auch die intellektuelle Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg. Auch sie macht daher, wenn sie verschuldet ist, zum Thäter ..... Eine Unterscheidung zwischen Anstiftung (intellektueller Urheberschaft) und intellektueller Beihülfe ihrer Wirksamkeit für den Erfolg nach ist darum undurchführbar";

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 275:

„weil es lediglich auf die Mitwirksamkeit zur Herbeiführung des Erfolges ankommt und diese Mitwirksamkeit von der nämlichen Bedeutung ist, sie mag als eine intellektuelle oder physische auftreten".

§ 13.

Wie v. Buri schon in der eben abgedruckten Stelle aus dem Gerichtssaal XXVIII. betont, und wie es ja auch der Konsequenz der subjektiven Teilnahmetheorie vollkommen entspricht, kann dieselbe auch keinen

[43]) Eben darum muß es die subjektive Teilnahmetheorie auch für richtiger erachten, statt von Anstiftung von intellektueller Urheberschaft zu sprechen.

Digitized by Google

Unterschied zwischen der Thätigkeit der Anstifter und derjenigen der intellektuellen Gehülfen, hingesehen auf deren Kausalität für den Erfolg, gelten lassen. Der Unterschied zwischen ihnen kann nicht darin bestehen, daß der Anstifter auf den Thäter intellektuell einwirke, ehe derselbe den Entschluß zum Verbrechen faßte, der intellektuelle Gehülfe aber auf den bereits zum Verbrechen Entschlossenen; oder daß der Anstifter den Entschluß des Verbrechens erzeugte, der intellektuelle Gehülfe ihn nur beförderte. Nach der Theorie der gleichen Bedeutung aller Bedingungen für den Erfolg ist die Thätigkeit Beider völlig gleichwertig. Überdies aber bekämpft v. Buri die Ansicht, wonach der Anstifter den Thäter zum Verbrechen „bestimmt" in dem Sinne eines Verursachens seines verbrecherischen Entschlusses, noch mit dem Hinweis auf die Freiheit des menschlichen Willens wie nachsteht:

Abhandlungen (1862) S. 131 (vgl auch S. 123):

„Der verbrecherische Entschluß des physischen Urhebers muß seine Quelle stets in dessen freien Willen finden, und deshalb kann die Anstiftung nie als die alleinige Ursache dieses Entschlusses angesehen werden. Die Anstiftung ist vielmehr nur insofern die mitwirkende Ursache für den verbrecherischen Erfolg als sie dem physischen Urheber die Entschließung zu dem Verbrechen erleichtert."

Goltdammer's Archiv XII. S. 512:

„Es wird bis in die neueste Zeit allgemein angenommen, daß der intellektuelle Urheber den verbrecherischen Entschluß des physischen Urhebers hervorrufe, der intellektuelle Gehülfe hingegen den bereits vorhandenen Entschluß des physischen Urhebers nur bestärke ..... Freilich hat man hierbei nicht beachtet, daß, wenn ein verbrecherischer Entschluß lediglich durch die intellektuelle Thätigkeit des Anstiftenden hervorgebracht werden könnte, auch nur er allein als Urheber ... bestraft werden durfte. Ein verbrecherischer Entschluß (und irgend welche Haftbarkeit) des physischen Urhebers würde hier gar nicht vorliegend sein, weil zu jedem Entschluß, welcher als verbrecherisch in Betracht gezogen werden soll, Freiheit des Willens gehört. War aber der Wille des physischen Urhebers bei seinem verbrecherischen Entschlusse frei, so kann unmöglich behauptet werden, daß derselbe lediglich durch die intellektuelle Wirksamkeit des Anstiftenden hervorgerufen worden sei."

Kausalität (1873) S. 131, 134 (gegen Geyer's Darstellung der Teilnahme in v. Holtzendorff's Handbuch);

Gerichtssaal XXVIII. S. 200, 203;

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 274;

Kausalität (1885) S. 65 (gegen Janka):

„Aber die Ansicht, daß der verbrecherische Entschluß des Thäters in striktem Sinne von dem Anstifter verursacht werde, ist nur die Konsequenz der geleugneten Willensfreiheit und müßte zur Straflosigkeit des Thäters führen. In Wirklichkeit ist der Entschluß des Thäters ein

Digitized by Google

in keiner Weise durch die von dem Anstifter hervorgerufenen Motive erzwungener, sondern ein vollständig frei gefaßter und ausgeführter."

Hier nun aber gerät v. Buri in einen eigentümlichen Widerspruch mit sich selbst, auf welchen ich bereits in meinem Ursachenbegriff Note 117 sub II aufmerksam gemacht habe, und auf den ich hier ausführlicher zurückzukommen genötigt bin. Die Kausalität der Anstiftungshandlung denkt sich v. Buri als eine mittelbare. Der Anstifter setzt eine Bedingung für den verbrecherischen Entschluß des Angestifteten, dieser aber ist eine Bedingung des verbrecherischen Erfolges, und so setzt der Anstifter mittelbar eine Bedingung des verbrecherischen Erfolges selbst, verursacht mithin denselben ebenso wie der Thäter.

Vgl. Goltdammer's Archiv XII. S. 513:

„Es erscheint mithin die intellektuelle Thätigkeit nur als die mitwirkende Ursache für die Entstehung des verbrecherischen Entschlusses, eben darum aber zugleich auch als die mitwirkende Ursache des in diesem Entschlusse ausgeführten Verbrechens".

Vgl. auch die übrigen von mir bereits a. a. O. angezogenen Stellen.

Da nun nach v. Buri's Kausalitätstheorie jede Bedingung eines Erfolges diesen ganz verursacht, so erscheint der Schluß als unvermeidlich, daß der Anstifter, indem er für die Entstehung des Verbrechensentschlusses des Thäters eine Bedingung setzt, diesen Entschluß selbst verursacht. Dies Ergebnis aber verstößt, wie uns v. Buri soeben selber gezeigt hat, gegen die von ihm wie von uns verteidigte Freiheit des Willens.[44]) Viel konsequenter verfährt darum Janka. Er leugnet die Willensfreiheit (l. c. § 45 S. 80 ff.) und kann daher auf S. 154 in § 70 von seinem Standpunkt aus vollkommen richtig sagen:

„Die Anstiftung hat die Verursachung (das Wort ist in striktem Sinne zu nehmen) des verbrecherischen Entschlusses des Thäters und mittels desselben des Verbrechenserfolges zum Gegenstande."

v. Buri bekämpft dies noch neuerlich als unrichtig (Kausalität 1885 S. 65 f. auf vorstehender Seite unten); und nie verlegen um dialektische Auskunftsmittel sucht er in der Konstruktion der Anstiftung seine Kausalitätslehre mit der Annahme der Willensfreiheit auf folgende Weise in Einklang zu bringen:

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 272, 273:

„Zur Konstruktion der kausalen Mitwirkung des Anstifters zu dem Erfolg bedarf es aber in Wirklichkeit auch nicht der Untersuchung, ob der Wille des Anzustiftenden in kausaler Weise beeinflußt werden könne

---

[44]) Vgl. meinen Ursachenbegriff a. a. O. und Ortmann's dort zitierte Ausführungen. S. auch noch Oetker in Goltdammer's Archiv XXVI. S. 255 Note 13 vv.: „Notwendigkeit und Kausalität sind untrennbar . . . . . Eine fremde Thätigkeit verursachen heißt die Freiheit der fremden Willensbestimmung aufheben."

Digitized by Google

> oder nicht, weil es nicht zu bestreiten sein wird, daß der Anstifter, indem er Anreizungen in dem Anzustiftenden hervorruft, denselben durch die Kausalität dieser Anreizungen jedenfalls zu der Entschließung nötigt, ob er denselben willfahren will oder nicht. Ohne die in ihm hervorgerufenen Anreizungen würde der Anzustiftende in diese Zwangslage nicht geraten, und sonach auch sein, wenn schon mit freiem Willen gefaßter Entschluß, die That zu begehen, nicht zur Existenz gekommen sein. Darum wird aber auch die Kausalität des Anstifters für die Herbeiführung des Erfolges, unerachtet der Freiheit des Willens des Angestifteten, nicht geleugnet werden dürfen."

Kausalität (1885) S. 11, 12:

> „Vorstellungen kann man durch Einwirkung auf die Sinne eines Anderen in demselben hervorrufen, und das thut der Anstifter. Diesen Vorstellungen steht nun zwar der Mensch mit seinem freien, dem Anstifter unzugänglichen, Willen gegenüber. Aber wenn er sich zur That entschließt, so ist für diesen Entschluß die durch den Anstifter hervorgerufene Vorstellung insofern mitwirksam gewesen, als sie es war, welche den Angestifteten erst in die Lage versetzt hat, überhaupt einen Entschluß zu fassen. Diese Mitwirksamkeit für den Entschluß erweist sich dann weiterhin mitwirksam für den in Gemäßheit desselben verursachten Erfolg, und somit ist auch der Anstifter dessen Verursacher."

Ebenda S. 65:

> „Der Anstifter steht mit demselben (scil. dem verbrecherischen Entschluß des Thäters) nur darum in Kausalzusammenhang, weil er den Thäter durch seine Anreizung auf dessen Sinnlichkeit zu der Entscheidung in die Lage gesetzt hat, ob er ihr willfahren wolle oder nicht. Welchen Inhalt er jedoch derselben geben wolle, hängt vollständig von seinem Belieben ab."

Also: der Anstifter vernotwendigt nur einen Entschluß des Angestifteten überhaupt, der konkrete Entschluß des letzteren aber, das Verbrechen zu begehen oder nicht zu begehen, ist frei. So ist die Ursachlichkeit des Anstifters für das Verbrechen durch Mitwirksamkeit für den Entschluß des Thäters auf der einen Seite, und die Freiheit des Willens des Thäters auf der anderen Seite gerettet.

Wirklich? Hat v. Buri hier seinen Gedanken völlig klar durchgedacht? Zunächst: wenn nach Obigem der Anstifter den Entschluß des Thäters zum Verbrechen auch nicht unmittelbar hervorruft, so erweist er sich doch mittelbar mitwirksam für denselben, für den Entschluß zum Verbrechen (vgl. oben vv.: „Aber wenn er [der Thäter] sich zur That entschließt, so ist für diesen Entschluß die durch den Anstifter hervorgerufene Vorstellung mitwirksam gewesen"). Da nun aber jede Mitwirksamkeit für einen Erfolg nach der v. Buri'schen Kausalitätstheorie den ganzen Erfolg verursacht, so stehen wir wieder auf dem alten

Digitized by Google

Fleck: der Anstifter verursacht sensu stricto den Verbrechensentschluß des Thäters und damit ist die Freiheit des Willens negiert.

Sodann aber: wenn der menschliche Wille wirklich frei sein soll, so darf doch kein Entschluß des Einen vom Andern verursacht und damit vernotwendigt werden können. Was ist denn also mit v. Buri's ganzer Unterscheidung zwischen der Entschließung des Thäters zum Verbrechen selbst, und seiner Entschließung den Anreizungen des Anstifters gegenüber, „ob er denselben willfahren will oder nicht", gewonnen, wenn der Anstifter den Thäter zu dieser letzteren Entschließung „durch die Kausalität seiner Anreizungen nötigt"? Die Freiheit des Willens ist schon damit preisgegeben.

Und endlich[45]): ist denn diese ganze Unterscheidung zweier Entschließungen des Thäters auf die Anreizungen des Anstifters hin wirklich in den Thatsachen begründet oder auch nur logisch denkbar? Entschieden nein! Einen rein formalen Entschluß, zu wollen oder nicht zu wollen, dem dann erst der Entschluß nachfolgte, so oder so zu wollen, giebt es nicht. Jeder Entschluß hat einen konkreten, bestimmten Willensinhalt. Der von v. Buri konstruierte abstrakte animus volendi ist noch viel unmöglicher als der einst von den Verteidigern des dolus indeterminatus konstruierte abstrakte animus nocendi. Seine Annahme steht auch im vollkommensten Widerspruch zu der Genesis unserer Willensentschlüsse. Die Anreizungen, aus welchen letztere hervorwachsen, sind nie Reize zu einem abstrakten Wollen oder Nichtwollen, sondern stets Reize zu einem ganz bestimmten konkreten Wollen. Speziell der Anstifter reizt durch seine Versprechungen, Drohungen, Bitten u. s. w. den Anderen zu einem bestimmten Verbrechen an. Wenn er ihn nach v. Buri's eigener Annahme durch diese Anreizungen „zu der Entschließung nötigt, ob er denselben willfahren will oder nicht", so heißt das also nichts weiter, als er nötigt ihn zu der Entschließung, ob er das Verbrechen begehen will oder nicht. Und wenn sich nun der Thäter zum Verbrechen entschließt, so hat ihn demnach die Anreizung des Anstifters, falls sie überhaupt für seinen Entschluß mitwirksam war, nach v. Buri selbst zu dieser Entschließung genötigt.

Kurz: hier hilft keine Dialektik; v. Buri ist mit seiner Konstruktion der Anstiftung entschieden in eine Sackgasse geraten und muß umkehren.

---

[45]) v. Buri's im Text bekämpfte Konstruktion der objektiven Seite der Anstiftung drängt übrigens im Zusammenhang mit seinen Anschauungen von der subjektiven Seite der Teilnahme zu einer gänzlichen Negation jeder intellektuellen Urheberschaft. Davon unten mehr: s. S. 46 zu Note 64.

Digitized by Google

Diese Umkehr ist ihm nur möglich unter Preisgebung entweder seiner Theorie von der Willensfreiheit, indem er sich also Janka anschließt; oder unter Preisgebung seiner Kausalitätstheorie. Wir wollen von seinem Idealismus hoffen, daß er die letztere opfert.[46])

Drittes Kapitel.

Die Notwendigkeit und die Art und Weise der subjektiven Unterscheidung.

§ 14.

Führt die konsequente Verfolgung der Identifizierung von Bedingung und Ursache zu der Unmöglichkeit, unter den mehreren zu einem Verbrechen mitwirksam Gewesenen zu unterscheiden je nach ihrer Thätigkeit für den verbrecherischen Erfolg, so bleibt eine Möglichkeit der

---

[46]) v. Buri versucht in seiner Kausalität (1885) S. 10 ff. darzuthun, daß auch meine Konstruktion der Teilnahme zu einer Negation der Freiheit des Willens führe (wobei er meiner bescheidenen Person konsequent die Ehre anthut, sie nie selbst zu nennen, sondern sie als „die Polemik" κατ ἐξοχήν — scil. gegen seine Kausaltheorie — zu bezeichnen). Er referiert meine Ausführungen über die Willensfreiheit dahin, daß letztere bestehe in der Kraft des Menschen, die in ihm angeregten Willensreize zu willenbestimmenden (Motiven) werden zu lassen oder nicht, und dann fährt er fort: „Es beruht indessen diese Kraftweigerung und Kraftgebung selbst wieder auf Motiven, und so würden sie es doch stets sein, welche nicht allein in dem fertigen Entschlusse, sondern von dem Anfang seiner Entstehung an den Willen bestimmten". Und da ich nun natürlich selbst zugeben muß (vgl. meinen Ursachenbegriff Note 112), daß, sobald einmal die Willensreize zu Motiven geworden, der Entschluß notwendig sei, so wäre mir hiermit die Leugnung der Willensfreiheit glücklich nachgewiesen. Allein v. Buri zeigt im vorstehend Referierten nur, wie wenig er in der Lage ist, mir, der ich mit voller Hingebung mich auf seinen Standpunkt zu stellen und von hier aus ihn zu beurteilen bemüht bin, Gleiches mit Gleichem zu vergelten. Als Ursache anerkenne ich zunächst nur die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolges. Diese Ursache nenne ich, wenn der Erfolg ein Willensentschluß ist, das Motiv. Aus praktischen Erwägungen halte ich es indessen für geboten, unter Ursache im Sinne des Strafrechts eine einzelne unter den Bedingungen, die überwiegende, zu verstehen. Diese überwiegende Bedingung ist mir bei Willensentschlüssen stets die, eine weitere überwiegende Bedingung hinter sich nicht mehr duldende, Entschließung des Menschen, die zum Willensentschluß drängenden Willensreize zum Motiv werden zu lassen oder nicht. Wohl wird auch zu dieser Entschließung der Anstoß gegeben durch von Außen kommende Willensreize, denn keine Entschließung ohne einen Anstoß von Außen. Aber dieser Anstoß, diese Willensreize sind mir eben nur Bedingungen, nicht Ursache der Entschließung, da ich in der glücklichen Lage bin, Bedingung und Ursache zu scheiden. Die Ursache selbst, die überwiegende Bedingung, schöpft der Mensch aus jener geheimnisvollen inneren Kraft, die v. Buri und ich den freien Willen nennen. Wenn v. Buri durch diese Argumentation den freien Willen geleugnet sehen will, so kann ich mir dies nur aus seinem Unvermögen erklären, sich auf den Standpunkt Desjenigen zu stellen, der Bedingung und Ursache eines Erfolges scheidet. — Ich habe meinen vorstehenden Ausführungen auch nach v. Buri's Entgegnung im Gerichtssaal XLII. S. 269 f. nichts hinzuzufügen, noch etwas von ihnen wegzulassen.

Digitized by Google

Unterscheidung zunächst nur auf der Schuldseite, je nach der verbrecherischen Willensrichtung der Teilnehmer übrig. Es fragt sich also, ob sich wirklich Schuldunterschiede unter den Teilnehmern nachweisen lassen, welche eine juristische Differentiierung derselben in verschiedene Arten als gerechtfertigt erscheinen lassen?

Die kriminalistische Schuld verhält sich — von Ausnahmefällen abgesehen — gegen den Zweck und das Interesse des Verbrechers gleichgültig. Die beiden Schuldarten des Strafrechts, dolus und culpa, sind von dem Zweck, welchen der Verbrecher erreichen will, von dem Interesse, in welchem er handelt, unabhängig (vgl. oben S. 9 nach Note 23). Lassen wir nun, um die Sache nicht unnötig zu komplizieren, die Frage nach der Möglichkeit einer kulposen Teilnahme am Verbrechen einstweilen beiseite — wir werden später auf diese Frage zurückkommen —, so präzisiert sich also die obige Frage dahin: ist der dolus der verschiedenen Teilnehmer an einem Verbrechen möglicherweise derartig verschieden, daß daraus juristisch relevante Unterschiede zwischen den Teilnehmern selbst resultieren?

In der That haben nicht wenige Vertreter einer subjektiven Teilnahmetheorie die Unterscheidungsmerkmale insbesondere zwischen Urhebern und Gehülfen im dolus der Teilnehmer finden wollen: Der Urheber beabsichtige die Selbst-Begehung, der Gehülfe nur die Unterstützung des Verbrechens; der erstere wolle das Verbrechen als eigenes, der letztere als fremdes.

Man vgl. z. B. Bauer, Lehrbuch (2. Aufl.) § 75:

„Der Urheber und der Gehülfe unterscheiden sich im Allgemeinen nicht durch die verschiedene Art ihrer Mitwirkung, sondern durch ihre verschiedene Absicht und die hierdurch bestimmte Richtung ihrer Wirksamkeit. Urheber ist derjenige, welcher das Verbrechen selbst beabsichtigt, und dessen Thätigkeit auf Hervorbringung des Verbrechens selbst gerichtet ist. Der Gehülfe hingegen will nur das von einem Andern beabsichtigte Verbrechen durch seine Mitwirkung befördern."

v. Wächter, Lehrbuch § 38 S. 147:

„Unbegreiflicherweise sehen aber bei diesen Begriffs-Bestimmungen die Kriminalisten zu wenig auf die Verschiedenheit der Absicht des Handelnden: das Verbrechen selbst unmittelbar zu wollen, im Gegensatze zu dem Falle, daß Jemand .... bloß ein fremdes Verbrechen unterstützen will" ....

Derselbe, Vorlesungen § 80:

„Mitthäter sind diejenigen, ... deren Wille auf das Verbrechen als ihre That gerichtet ist, und die mit dem Entschluß handeln, es durch vereinte physische Thätigkeit als ihre That zu begehen" ..... „Gehülfe kann nur derjenige sein, dessen Wille nicht auf das Verbrechen

Digitized by Google

selbst als seine That gerichtet ist, der nicht das Verbrechen begehen, sondern bloß ein fremdes Verbrechen unterstützen will."

Heffter, Lehrbuch (6. Aufl.) § 84:

„Gehülfe (Beiständer) bei einem Verbrechen ist, wer ohne für sich die Absicht zur Begehung desselben zu haben, die von einem Andern ausgeführte oder versuchte Mißthat eines Andern vorsätzlich unterstützt oder fördert."

Berner, Teilnahme S. 8, S. 171:

„Was will der Urheber? Er muß die That als seine Eigene hervorbringen wollen. Seine Absicht muß es sein, für die er arbeitet. Wie sein Zweck beschaffen sei, ob er Etwas für sich selbst oder für einen Andern bezwecke ..... Dies Alles hat auf den formellen Begriff der Urheberschaft keinen Einfluß. Die Absicht, als der auf die allgemeine Qualität der Handlung, durch welche sie sich eben als Verbrechen charakterisiert hat, gerichtete Wille, ist allein das entscheidende Kriterium in allen strafrechtlichen Begriffen."

Ebenda S. 207:

„Was will der Gehülfe? Er will die Ausführung einer fremden Absicht befördern."

Lehrbuch 1. Aufl. (1857) S. 167:

„Im Falle einer Anstiftung zur Urheberschaft ist die Anstiftung selbst entweder intellektuelle Beihülfe, wenn der Anstifter das Verbrechen nur als ein fremdes (nämlich als das des Angestifteten) wollte, oder intellektuelle Urheberschaft, wenn er es als sein eigenes wollte."

Zachariae, Zur Lehre von der Teilnahme (Archiv des Krim.-R. 1850) S. 272, 273 vv.:

„Mitthäter ... oder Gehülfen, jenachdem sie die zur Verübung des Verbrechens erforderliche Absicht als ihre eigene verfolgten, oder die verbrecherische Absicht eines Andern nur unterstützen wollten."

Hälschner, Gemeines Deutsch. Strafrecht, I., S. 374 ff.:

„Gehülfe ist, wer den Thäter bei der vorsätzlichen Verübung eines Verbrechens oder Vergehens absichtlich unterstützt ..... Der Gehülfe beabsichtigt nicht das Verbrechen zu verüben, schließt die Verübung des Verbrechens von seinem Willen aus ..... Der Thäter beabsichtigt das Verbrechen zu verüben, der Gehülfe schließt die Verübung seiner Absicht aus und will nur bei der Verübung dem Thäter helfen" ..... „Die Unterstützungshandlung setzt die dem Gehülfen eigentümliche Absicht voraus, zwar dem Thäter bei Verübung des Delikts Hülfe zu leisten, aber es nicht selbst zu verüben."

Vgl. auch Janka lc. § 69 sub 1.

§ 15.

Allein wenn man, wie dies insbesondere auf Hälschner und Janka zutrifft, von der Gleichartigkeit aller Bedingungen für den Erfolg ausgeht — und nur eine auf diese Basis gestützte subjektive Teilnahmetheorie halten wir für wissenschaftlich vertretbar, — dann enthält die Unter-

Digitized by Google

scheidung eines Begehungs- und eines Unterstützungs-Dolus eine arge Inkonsequenz. Verursacht jede Mitwirksamkeit für den Erfolg den ganzen Erfolg, dann muß auch jeder für einen verbrecherischen Erfolg vorsätzlich Mitwirkende diesen Erfolg verursachen, also das Verbrechen begehen **wollen**. Würde er das Verbrechen nur unterstützen wollen, so würde er sich in einem den Dolus ausschließenden Irrtum über den Erfolg seiner Thätigkeit befinden, und es ergäbe sich also das Resultat, daß der Gegensatz von Thätern und Gehülfen zusammenfiele mit dem Gegensatz der die Kausalität ihres Mitwirkens klar Erkennenden und der sich über dieselbe Täuschenden, und daß Gehülfe nur sein könnte entweder ein kulpos Mitwirkender oder ein Gegner der v. Buri'schen Kausalitätstheorie! Ganz richtig hat v. Buri schon in seiner Teilnahme (1860) S. 1 bemerkt, daß nur nach der Theorie der Scheidung von Bedingung und Ursache es der Teilnehmer, „vorausgesetzt, daß er die objektive Kausalität seiner Handlung richtig ermißt, in der Hand hat, sich an dem Verbrechen als Urheber oder nur als Gehülfe zu beteiligen";[47]) nach der Theorie der Identifizierung von Bedingung und Ursache hat er unter der gleichen Voraussetzung keine Wahl: er kann das Verbrechen lediglich begehen wollen.[48])

Will aber jeder Teilnehmer das Verbrechen selbst begehen, so will er es eben damit auch als eigene und nicht als fremde That — soferne man mit dieser Gegenüberstellung, wie hier vorausgesetzt, eine Unterscheidung im dolus und nicht etwa eine Verschiedenheit von Zweck und Interesse meint,[49]) wovon unten die Rede sein wird (vgl. Note 51a).

---

[47]) Vgl. auch v. Buri, Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 265: „Und es läßt sich auch unmöglich, wie dies von Hirsch, Mitthäterschaft und Beihülfe, 1881, S. 35 ff. geschieht, mit Recht behaupten, daß der urheberische und beihelfende Wille von der nämlichen Beschaffenheit sei, wenn man davon ausgeht, es bestehe zwischen der urheberischen und beihelfenden Thätigkeit eine objektive absolute Verschiedenheit." Gleichheit oder Verschiedenheit des Erfolgswillens von Urhebern und Gehülfen müssen eben mit der Gleichheit oder Verschiedenheit ihrer Kausalität stets pari passu gehen. Vgl. in diesem Sinn auch Ortmann, Gerichtssaal XXXVIII. (1876) S. 85. — S. endlich unseren § 62 in.

[48]) Wie hinwiederum der Anstifter, sobald man an der Freiheit des Willens festhält, den Entschluß des Thäters nicht verursachen, „und darum dies zu thun auch nicht beabsichtigen kann": v. Buri in der Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 274 oben.

[49]) Vgl. gegen die im Texte bekämpfte Unterscheidung: v. Buri, Teilnahme S. 5 ff.; Abhandlungen S. 139; Goltdammer's Archiv XVII. S. 234; Kausalität (1873) S. 115 vv.: „Wenn der Gehülfe den Erfolg will und für denselben gerade so viel thut, wie der Thäter, so sollte man doch wohl meinen, daß die That nicht allein diejenige des Thäters, sondern auch diejenige des Gehülfen sei"; Gerichtssaal XXVIII. S. 197 vv.: „Will jedoch der Gehülfe den Erfolg, so unterstützt und befördert er nicht ein fremdes Delikt, wenn seine Thätigkeit objektiv mit der urheberischen von gleichem Werte ist". S. auch Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 336 Note 3 und Hälschner a. a. O. S. 371, dessen eigene oben S. 32 referierte Ansicht übrigens von der von ihm auf S. 371 lc. bekämpften Meinung schwer zu trennen ist.

Digitized by Google

Völlig konsequent hat denn auch wieder v. Buri[50]) betont, daß ein Unterschied zwischen den Thätern und den Teilnehmern und zwischen den Teilnehmern untereinander auch nicht bestehe hinsichtlich ihrer „formellen Absicht", wie er den Vorsatz im Gegensatz zu Zweck und Interesse, als der „materiellen Absicht", bezeichnet.

Man vgl. Teilnahme S. 4:

„Das ist gewiß, daß der Wille aller derjenigen, welche für einen verbrecherischen Erfolg thätig werden, darauf gerichtet ist, daß der Erfolg zur Existenz komme. Ihre formelle Absicht ist mithin an und für sich von gleicher Selbständigkeit, und eine wesentliche Verschiedenheit derselben wird auch dadurch nicht herbeigeführt, daß der Wille des einen auf Begehung der Haupthandlung, derjenige des anderen aber auf Begehung einer geringeren Thätigkeit gerichtet ist, denn es wurde schon ausgeführt, daß die größere oder geringere Thätigkeit für den gleichmäßig gewollten Erfolg nur einen relativen Unterschied unter den einzelnen Teilnehmern zu begründen vermag."

S. 64: „Es ist zunächst hierher zu wiederholen, daß auch die Absicht des Gehülfen auf Herbeiführung des Erfolges gerichtet ist, daß er grade so wie der Urheber dieses ganzen Erfolges schuldig wird, wenn seine Thätigkeit auch nur ein Bestandteil desselben geworden ist."

Abhandlungen (1862) S. 117:

Auf der subjektiven Seite des Verbrechens „findet sich nun, daß der Gehülfe zwar ebenfalls will, daß der verbrecherische Erfolg zu Stande komme: denn wollte er den Erfolg nicht, so würde er seine Thätigkeit für denselben unterlassen".

Goltdammer's Archiv XII. S. 509:

„Warum soll nicht auch der Gehülfe das ganze Verbrechen begehen, obgleich auch er gerade so gut einen wesentlichen Beitrag zu demselben leistet, wie der Urheber, der gerade so gut . . . . . will, daß das Verbrechen zur Existenz komme, wie dieser."

Goltdammer's Archiv XVII. S. 233:

„Einen auf Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges gerichteten Willen hat sowohl der Urheber wie der Gehülfe."

Kausalität (1873) S. 132: s. unten in § 26 (in Bezug auf die Anstiftung).

Gerichtssaal XXVIII. S. 196:

„Daß seine in ihrer objektiven Bedeutung von derjenigen des Thäters nicht verschiedene Mitwirksamkeit ebenso den ganzen Erfolg verursachen werde, wie derjenige des Thäters, weiß der Gehülfe. Er will somit den ganzen Erfolg verursachen und ist somit gleichfalls ein Thäter."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 252:

„Nach meiner Auffassung ist der Gehülfe gerade so gut Verursacher des Erfolges, wie der Urheber . . . . . Es will aber auch sowohl der Urheber wie der Gehülfe den Erfolg, und es haben darum beide, wenn

---

[50]) Übrigens auch bereits Köstlin: s. Text zu Note 51.

Digitized by Google

nur die Wirksamkeit des andern von ihrem Willen umfaßt war, denselben als einen vorsätzlich herbeigeführten auch zu verantworten."

Ebenda S. 265, S. 270 oben. Ferner bezüglich des Anstifters S. 273:

„Erscheint sonach die Kausalität des Anstifters für die Herbeiführung des Erfolgs begründet und ist zweifellos auch sein Wille auf die Herbeiführung des Erfolgs gerichtet, so trifft auch auf ihn nach den früheren Erörterungen der Satz zu, daß seine Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht und die Haftbarkeit für den ganzen Erfolg nach sich zieht."

Kausalität (1885) S. 40:

„Andere, zuerst Wächter, Strafrecht, dann Bauer, Berner, Abegg, Marezoll, Hälschner, meinten, der Urheber verfolge seine eigene Absicht, der Gehülfe hingegen diejenige des Urhebers. Diese Ansicht war jedoch zweifellos unrichtig, denn Beide müssen stets die gleiche formelle Absicht haben, weil der Eine wie der Andere das Verbrechen begehen, den Erfolg verursachen will."

§ 16.

Hat sich nach Vorstehendem eine Unterscheidung unter den Teilnehmern je nach ihrer Schuld als unmöglich erwiesen und kann nach dem im vorigen Kapitel Ausgeführten ein Unterschied doch nur auf der subjektiven Seite des Verbrechens liegen, so bleibt nur noch möglich eine Unterscheidung je nach den Zwecken und Interessen der mehreren zu einem Erfolg Zusammenwirkenden. Und hier haben denn in der That die konsequenteren Vertreter der subjektiven Teilnahmetheorie von jeher den Unterschied insbesondere zwischen der Urheberschaft und der Beihülfe finden wollen.

Anfangs derart, daß man sagte: der Urheber wird für den verbrecherischen Erfolg zu eignen Zwecken, in eignem Interesse thätig, der Gehülfe dagegen lediglich um fremden Zwecken zu dienen, lediglich in fremdem Interesse.

Man vgl. z. B. Henke, Handbuch, I. S. 288, wo er zwischen „vollkommener und unvollkommener Teilnahme" — so nennt er die Urheberschaft und die Beihülfe — scheidet wie folgt:

„Der Begriff einer vollkommenen Teilnahme paßt auf alle diejenigen, die alle durch ein gleiches Interesse vereint ein und dasselbe Verbrechen hervorzubringen bezwecken, sollte das, was sie zur Verwirklichung dieser Absicht thun, auch von sehr ungleicher Art sein. Eine unvollkommene Teilnahme hingegen ist so oft vorhanden, als Jemand die Verwirklichung eines Verbrechens zwar mit befördern half, wohl gar eine Hülfe leistete, ohne welche dem andern Teilnehmer die Vollbringung der That unmöglich gewesen wäre, allein die Realisierung des Verbrechens nicht aus demselben Interesse will, wie der andere oder die anderen Teilnehmer, wohl gar eine That mit befördern hilft, ohne die Zwecke zu kennen, die der Haupthäter verfolgt."

Digitized by Google

Köstlin, Neue Revision, § 130 S. 448 ff.:

„Im Begriffe der Urheberschaft ist aber nicht nur enthalten, daß die Handlung in ihrer Totalität überhaupt im Kausalitätsverhältnisse zu einem freien Subjekte stehe, sondern es liegt weiter auch noch dies darin, daß der Handelnde in seinem Handeln sich selbst Zweck sei, weil er, wenn er nicht sich, sondern einen Andern als Zweck seines Handelns setzt, sich selbst zur bloß mittelbaren Ursache herab und den Andern in das wahre Kausalitätsverhältnis setzt." Dadurch „hat sich bereits der Unterschied hervorgethan, daß der Handelnde sich selbst entweder als Zweck, oder als bloßes Mittel für einen fremden Zweck setzen kann. Der Urheberschaft gegenüber tritt hiermit die Beihülfe."

Ebenda § 135 S. 465 ff.

S. 471: „Luden ..... glaubt, gegen die richtige Ansicht das einwenden zu können: daß auch derjenige, welcher zu einem fremden Verbrechen helfen wolle, den Willen habe, daß dieses Verbrechen begangen werde. Das ist freilich nicht zu leugnen,[51]) denn, wenn der Gehülfe nicht mittelbar das Verbrechen hervorbringen wollte, so könnte ja seine Handlung überall nicht als eine verbrecherische gelten. Allein der große Unterschied ist eben der, ob Jemand sich selbst als Zweck seiner Handlung oder ob er dabei sich selbst nur als Mittel für den Zweck eines Andern setzt."

Geib, Lehrbuch II. S. 318:

„Urheber .... heißen diejenigen, welche für die Hervorbringung des Verbrechens nicht bloß geistig und körperlich thätig sind, sondern welche diese Hervorbringung zugleich als ihre Angelegenheit betreiben, d. h. welche das Verbrechen in eignem Namen und Interesse zu bewirken suchen; Gehülfen heißen diejenigen, welche — gleich den Urhebern — für die Hervorbringung des Verbrechens, und zwar im Allgemeinen ohne Unterschied in welcher Weise und in welchem Umfang, thätig sind, welche aber diese Hervorbringung lediglich als fremde Angelegenheit betreiben, d. h. welche durch das Verbrechen lediglich die Absicht und das Interesse eines Anderen (des Urhebers) befördern wollen."

§ 17.

Allein gegen diese Formulierung der subjektiven Teilnahmetheorie[51a]) ließen sich immer noch begründete Ausstellungen erheben. Zunächst die, daß kein Mensch lediglich im fremden Interesse überhaupt thätig werden,

---

[51]) Vgl. zur vorigen Note.

[51a]) Und dasselbe gilt hinsichtlich der Formulierung: „daß der Urheber seine eigene Absicht verwirkliche, der Gehülfe aber nur die Ausführung einer fremden Absicht befördere", sofern damit gesagt werden will, daß der Urheber im eigenen Interesse, der Gehülfe im Interesse des Urhebers handle: vgl. auch oben zu Note 49 und insbesondere v. Buri in Goltdammer's Archiv XVII. S. 234.

Digitized by Google

geschweige denn eine strafbare Handlung begehen würde.[52]) Der auf Verfolgung eines lediglich fremden Zweckes gestellte Gehülfenbegriff war darnach unhaltbar. Limitierte man ihn aber dahin: auch der Gehülfe verfolge zwar stets mit seiner Unterstützungshandlung einen eigenen Zweck, aber er werde doch vorzugsweise in fremdem Interesse, der Thäter im eigenen, thätig: so war sofort eine scharfe Scheidung von Urheberschaft und Beihülfe unmöglich gemacht und konnten Fälle konstruiert werden, in welchen auch eine entschiedene Thäter-Handlung vorwiegend in fremdem Interesse verübt wurde. Endlich ist gegen jene Formulierung auch mit Recht geltend gemacht worden,[52a]) daß sie es nicht zu erklären vermöge, warum der Gehülfe milder bestraft werden solle, als der Mitthäter, da es doch vom Standpunkte der Verletzung oder Gefährdung der Rechtsordnung aus ganz unerheblich sei, ob ein eigenes Interesse leitend gewesen ist oder ein fremdes bestimmend gewirkt hat.

Solchen Einwendungen suchte v. Buri zu entgehen, indem er — unter ausdrücklicher Versicherung damit nur die in den Ansichten seiner Vorgänger bereits enthaltenen Keime der richtigen Ansicht weiter entwickeln zu wollen — das unterscheidende Merkmal verlegte in die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Interesses, welches der Thäter einerseits, der Gehülfe andrerseits mit dem von beiden gleichmäßig gewollten Verbrechen verfolge. Der Gehülfe ordne seine Zwecke vollständig denen des Thäters unter, während der letztere stets selbständige Zwecke verfolge. Dieser Unterschied der materiellen Absicht aber influiere auch auf die formelle Absicht, so zwar, daß die Schuld des Thäters eine unbedingte und selbständige, die des Gehülfen eine untergeordnete und nur bedingte, ein dolus eventualis, sei; eben deswegen müsse letzterer auch geringer bestraft werden als ersterer.

---

[52]) S. oben Note 24 und vgl. weiter Berner, Teilnahme S. 172: „Dann aber ist der Handelnde, wiewohl ein Progreß von vielen Zwecken möglich ist, letztlich immer sich selbst Zweck; denn für wen er auch handle, sein Zweck bleibt in letzter Instanz die eigne subjektive Befriedigung, die hier in dem Bewußtsein liegt, fremden Vorteil gefördert zu haben"; Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 382, 383 vv.: „Die Unterscheidung zwischen eignem und fremdem Interesse ist ganz ungenau, da mein Interesse an einem fremden Interesse eben doch das meinige ist. Die bloße Lebhaftigkeit des Interesses aber ist für unsere Unterscheidung nicht verwertbar, wenn sie sich nicht in der Thätigkeit selbst darstellt". Fuchs in Goltdammer's Archiv XXIX. S. 174. Es hat denn auch v. Buri selbst in der Zeitschr. f. d. g. Str.-R.-W. II. S. 260 Hälschner gegenüber eingeräumt, daß ein Handeln ausschließlich für einen fremden Zweck überhaupt nicht denkbar sei; und nicht minder in seiner Kausalität (1873) S. 127 zugegeben, daß der Gehülfe recht wohl, z. B. wenn ihm ein Lohn in Aussicht gestellt sei, ein eigenes Interesse an der Herbeiführung des Erfolges besitzen könne.

[52a]) Fuchs in Goltdammer's Archiv XXIX. S. 175.

Digitized by Google

Man vgl. Teilnahme S. 5:

„Wenn nun der eine Teilnehmer am Verbrechen einen eigenen Zweck mit seiner Thätigkeit verfolgt, der andere Teilnehmer aber seinen Zweck lediglich darin findet, daß der erstere seinen Zweck erreiche, so hat er sich mit seinem Zweck demselben untergeordnet, sein Wille wird dadurch in Ansehung der materiellen Absicht ein unselbständiger und prägt mit Notwendigkeit diese Eigenschaft der Unselbständigkeit nicht allein der verbrecherischen Thätigkeit als dem Ergebnis dieses unselbständigen Willens, sondern auch der formellen Absicht auf, welche durch die unselbständige verbrecherische Thätigkeit erreicht werden soll. Diese Unselbständigkeit zieht dann als Folge die absolut geringere Strafbarkeit dieses Teilnehmers als eines bloßen Gehülfen zum Verbrechen nach sich, obgleich seine verbrecherische Thätigkeit nach ihrer objektiven Beschaffenheit von derjenigen des Urhebers nicht verschieden ist."

Abhandlungen (1862) S. 117:

„Der Gehülfe will den Erfolg nur, wenn ihn der Urheber will, und wenn ihn dieser nicht will, so will er ihn auch nicht. Es macht also der Gehülfe seinen Willen von demjenigen des Urhebers abhängig; er hat nur einen unselbständigen Willen (unselbständige Absicht), und diese Unselbständigkeit des Gehülfen begründet, obgleich er, wenn seine Thätigkeit nur irgendwie für den Erfolg wirksam war, gerade so gut den ganzen Erfolg zu verantworten hat wie der Urheber, doch seine absolut geringere Strafbarkeit im Vergleich mit derjenigen des Urhebers. ..... Mit dieser Unselbständigkeit des Gehülfen ist es aber nicht vereinbar, wenn derselbe einen selbständigen Zweck (selbständige materielle Absicht) — sei es der nämliche Zweck, den auch der Urheber erstrebt, oder ein von demselben verschiedener — mit seiner verbrecherischen Thätigkeit verfolgen will, denn in diesem Fall betrachtet er den Urheber als Mittel zu seinem Zweck und ordnet mithin seinen Willen demjenigen des Urhebers nicht unter."

Gerichtssaal XIX. (1867) S. 279, 280, wo, soviel ich sehe, zuerst der dolus des Gehülfen als ein dolus eventualis bezeichnet wird. Und — nachdem hierauf Geyer in Goltdammer's Archiv XVI. S. 596 ff. eingewendet hat, daß sich so überhaupt kein durchgreifender Unterschied zwischen Urheber- und Gehülfen-Dolus konstruieren lasse, zumal ja doch auch der Urheber dolo eventuali handeln könne —

Goltdammer's Archiv XVII. (1869) S. 236:

Der Gehülfe „stellt die seinem Willen entsprungene Wirksamkeit lediglich zur Disposition des Urhebers, sie soll ihren Durchgang zum Erfolg durch dessen Willen (natürlich auch dessen — der beihelfenden gleichwertigen — Thätigkeit) nehmen. Soll aber das Existentwerden des Erfolges lediglich von dem Willen des Urhebers abhängen, so erscheint der urheberische Wille als der Hauptwille und derjenige des Gehülfen gewissermaßen als der Nebenwille. Das Wesen des beihelfenden Willens ist hiernach ein eventuelles Wollen. Der Urheber kann zwar auch einen eventuellen Willen haben; allein auch in diesem Falle erkennt er einen den seinigen beherrschenden Willen nicht an, und

Digitized by Google

strebt vielmehr mit seiner Handlung unmittelbar sowohl nach dem primär, als nach dem eventuell gewollten Ziele hin. Hierin liegt die Verschiedenheit des beihelfenden (eventuellen) Willens von dem (eventuellen) urheberischen. Er liegt allerdings nicht in einer generischen Verschiedenheit beider, es ist vielmehr nur eine Verschiedenheit der Spezies nach. Soll doch auch eine absolute Verschiedenheit zwischen Vorbedacht und Affekt bestehen, obgleich hier wie dort der Dolus in seinen Grundzügen der nämliche ist. Damit dürften die Einwendungen Geyer's . . . . . beseitigt sein."

In seinen späteren Schriften kehrt dann stets dieselbe Grundanschauung wieder, daß nämlich der Gehülfe von dem Urheber durch die Unselbständigkeit der Absicht sich unterscheide, indem er nur wolle, wenn der Urheber wolle, und wenn dieser nicht wolle, ebenfalls nicht wolle. Man vgl. weiter:

Goltdammer's Archiv XXIV. S. 91 unten.

Gerichtssaal XXVIII. S. 196.

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 253, 254, wo diese Ansicht ganz besonders ausführlich entwickelt und dann aus dem Wesen des bedingten Willens heraus der Einwand zu widerlegen versucht wird, daß bei einer Unselbständigkeit des Willens, wie er ihn dem Gehülfen beilege, von einem Wollen des Erfolges durch den Gehülfen eigentlich gar nicht mehr geredet werden könne.[53])

§ 18.

So hat sich also die subjektive Theorie, unfähig den Unterschied der Mitthäterschaft und der Beihülfe in einer Verschiedenheit der Thätigkeit oder des Wollens des Erfolges zu finden, zunächst zur Annahme einer Verschiedenheit im Interesse und Zweck der Teilnehmer gedrängt gesehen, um dann in der Hand ihres konsequentesten Vertreters doch wieder zu einer Unterscheidung innerhalb der formellen Absicht zurückzukehren. Wohl bleibt auch für v. Buri's Formulierung der subjektiven Teilnahmetheorie Zweck und Interesse der Teilnahme noch von Bedeutung. Aber doch nur sekundär. Urheber wie Gehülfe können in eignem oder fremdem Interesse thätig werden. Doch wird der Urheber zum Gehülfen, sobald sein eigenes Interesse ein so geringes ist, daß er es dem des anderen Teilnehmers völlig unterordnet, und umgekehrt wird der Gehülfe zum Urheber, wenn sein eigenes Interesse am verbrecherischen Erfolg ein so mächtiges ist, daß er denselben will, auch wenn ihn der andere Teilnehmer nicht wollen sollte. So in „eigentümlicher Kombination"[54]) erscheinen die beiden subjektiven Momente in folgenden Stellen:

---

[53]) Vgl. oben Note 24.

[54]) Hälschner, Gem. D. Strafr. I. S. 421 Note 1.

Digitized by Google

Goltdammer's Archiv XVII. S. 238:

„Der Gehülfe will gleichmäßig das Wollen und Nichtwollen des Urhebers und gerade darum ist sein Wille nur ein eventueller. Wer aber einen eigenen Zweck verfolgt und somit nur auf das Wollen des Urhebers reflektiert, der will den Erfolg gerade so bestimmt als dieser selbst. Es fehlt ihm die eine Seite des beihelfenden Willens."

Gerichtssaal XXV. S. 239.

Kausalität (1873) S. 127:

„mag .... der Gehülfe .... sogar ein eigenes Interesse an der Herbeiführung des Erfolges besitzen, wenn nur nicht hierdurch das Sichunterordnen seines Willens unter das Nichtwollen des Urhebers in Wegfall kommt."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 260 sub 2:

„Dann darf auch der Gehülfe kein solches eigenes Interesse mit seiner Thätigkeit verfolgen wollen, daß er haben will, die urheberische Wirksamkeit solle im Verein mit seiner eigenen den Erfolg herbeiführen, das Ausbleiben derselben mithin wider seinen Willen geschehen würde. Denn auch in diesem Falle würde sich nicht behaupten lassen, der Gehülfe habe seinen Willen dem urheberischen dergestalt unterworfen, daß er mit dem Ergebnis desselben im Voraus einverstanden sei."

Ebenda S. 261, wo gesagt ist, daß für die Beihülfe „nicht das eigene oder fremde Interesse das Kriterium ist, sondern die Abhängigkeit des beihelfenden Willens von dem urheberischen".

Kausalität (1885) S. 64, wo als „das zweite Unterscheidungsmerkmal der Beihülfe — neben dem, daß der Thäter den herrschenden, der Gehülfe hingegen einen von diesem abhängigen Willen besitzt, — bezeichnet wird, „daß der Gehülfe kein selbständiges Interesse an der Verursachung des Verbrechens haben dürfe".

Viertes Kapitel.

Die Durchführung der subjektiven Unterscheidung für die einzelnen Arten der Teilnehmer.

§ 19.

In dieser rein subjektiven Weise hat nun die subjektive Teilnahmetheorie zu unterscheiden zunächst zwischen Mitthäterschaft und physischer Beihülfe.

1. Konsequent verfolgt muß sie also hier zu dem Resultate führen, daß man durch jede beliebige Mitwirksamkeit zum Verbrechen gerade so gut Mitthäter wie Gehülfe für dasselbe werden

Digitized by Google

könne, wenn man nur mit der entsprechenden Willensrichtung thätig werde.

Und so lesen wir in der That bei v. Buri:

Teilnahme S. 2:

„Dieselbe Thätigkeit also kann zum Urheber oder auch zum bloßen Gehülfen machen, jenachdem ihr eine urheberische oder eine beihelfende Absicht zu Grunde liegt, sie mag ganz unentbehrlich oder nur von geringer Wirksamkeit für den Erfolg gewesen sein."

Gerichtssaal XXV. S. 238:

„Der subjektive Standpunkt, nach welchem wegen der objektiven Gleichartigkeit jeder Einzelnwirksamkeit mit jeder anderen durch jede beliebige Einzelnwirksamkeit Urheberschaft sowie auch Beihülfe begründet werden kann, jenachdem dieselbe in eigenem oder für fremdes Interesse unternommen, eine eigene Absicht verfolgt oder nur für eine fremde Absicht gehandelt wurde ꝛc."

Gerichtssaal XXVIII. S. 196:

„Hält man dafür, daß auch die Bedingung und Vorbereitung ursachlich sind, so kann sich die Handlung des Gehülfen in ihrer objektiven Bedeutung von derjenigen des Thäters nicht unterscheiden und er somit auch jede Ausführungshandlung begehen."

Kausalität (1885) S. 39:

„Man kann je nach der verschiedenen Beschaffenheit des Willens durch die nämliche Wirksamkeit Urheber oder Gehülfe werden."

2. Allein gerade v. Buri ist es, welcher diese scheinbar unverrückbare Konsequenz der subjektiven Theorie durchbricht, indem er immer wieder mit aller Entschiedenheit den Satz verteidigt, daß der Gehülfe die sog. Haupthandlung nicht begehen dürfe. Er übersieht nicht, daß dieser Satz seiner Theorie direkt zuwider zu laufen scheint. Er wirft es früheren Vertretern der subjektiven Theorie, welche bereits denselben Satz verteidigt haben[55]), vor, daß sie es versäumt haben, ihn vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus zu rechtfertigen. Und er glaubt seinerseits den scheinbar widerstreitenden Satz vollständig mit seiner Theorie in Einklang setzen zu können. Sehen wir vorerst zu, auf welche Weise er dies unternimmt.

Teilnahme S. 7 ff.:

„Die Haupthandlung ist der Gipfelpunkt der verbrecherischen Thätigkeit, und wenn deshalb der urheberische Wille auf Begehung der Haupthandlung gerichtet ist, so kann der Wille des Gehülfen auf Begehung jeder anderen für das Verbrechen förderlichen Thätigkeit gerichtet sein, ohne seine Unselbständigkeit zu verlieren. Hatte jedoch umgekehrt der Gehülfe mit seiner Thätigkeit die Haupthandlung, der Urheber nur eine geringere Thätigkeit unternehmen wollen, so war der Wille des Ge-

[55]) Z. B. Berner, Teilnahme S. 214 ff.; Geib, § 104 S. 318.

Digitized by Google

hülfen der übergreifende ..... Von bloßer Beihülfe würde deshalb alsdann keine Rede mehr sein können ..... Nicht erst dann ist es ..... entschieden, daß keine Beihülfe, sondern Urheberschaft vorliegt, wenn der Gehülfe die Haupthandlung wirklich ausgeführt hat, sondern schon dann kann von beihelfender Absicht keine Rede mehr sein, wenn nur der Wille auf Begehung der Haupthandlung gerichtet war, denn schon zu dieser Zeit steht es fest, daß er der über den urheberischen Willen hinausgreifende ist. Wenn deshalb der für einen fremden Zweck geäußerte Wille auf Begehung der Haupthandlung gerichtet war, so bleibt er ein urheberischer, sollte auch die Haupthandlung gar nicht oder doch nur durch das Hinzutreten eines Zufalls zur Existenz gekommen sein. Umgekehrt bleibt aber auch dieser Wille ein beihelfender, wenn durch denselben die Haupthandlung nicht realisiert werden sollte, dieselbe aber dennoch durch das Hinzutreten eines Zufalls herbeigeführt wurde."

Abhandlungen S. 118:

„Die Haupthandlung an einem Verbrechen ist diejenige, durch welche das Verbrechen aus dem Stadium des Versuchs zur Vollendung übergeführt wird ..... Diese Haupthandlung nun darf der Gehülfe nicht begehen wollen, nicht wegen der objektiven Beschaffenheit derselben, denn jede andere wirksam gewordene Thätigkeit ist ja, wie gesagt, grade so notwendig für den konkreten Erfolg wie die Haupthandlung, sondern weil der auf Begehung der Haupthandlung gerichtete Wille nicht als ein untergeordneter Wille angesehen werden kann."

Goltdammer's Archiv XVII. S. 236 unten, 237 oben.

Kausalität (1873) S. 102 ff.; S. 126; S. 129:

„Nach meiner Ansicht hat die Haupthandlung eine lediglich subjektive Bedeutung. D. h. wenn ein Ganzes aus mehreren objektiv gleichartigen Stücken zusammengesetzt werden soll, so thut derjenige, welcher das letzte Stück hinzufügt, objektiv nicht mehr und nicht weniger, als was bereits vor ihm geschehen ist. Wohl aber hat er den entscheidenden Willen ..... Daraus, daß der beihelfende Wille den urheberischen Willen als den herrschenden betrachten muß, ergiebt sich aber, daß der Gehülfe keine Handlung vornehmen darf, von welcher er nicht erwartet, daß sich an dieselbe eine verbrecherische urheberische Thätigkeit anschließen werde, denn in diesem Falle würde sich sein auf Herbeiführung des Erfolges gerichteter Wille zum herrschenden aufwerfen. Und nur aus diesem Grunde — nicht wegen ihrer objektiven Beschaffenheit — darf der Gehülfe die Haupthandlung nicht begehen. Darum begründet auch das Bestreben, die Haupthandlung auszuführen ..... nicht erst die Ausführung der Haupthandlung selbst urheberischen Willen ..... Begeht der Gehülfe die Haupthandlung, ohne sie als solche zu erkennen — in der irrigen Überzeugung, daß zur Herbeiführung des verursachten Erfolges noch eine zu der seinigen hinzutretende urheberische Thätigkeit erforderlich sei — so kommt hierdurch sein beihelfender Wille nicht in Wegfall."

Gerichtssaal XXVIII. S. 198, 199.

Digitized by Google

Goltdammer's Archiv XXIV. S. 92.
Goltdammer's Archiv XXV. S. 279.
Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 260 unten, 261 oben, S. 280.
Kausalität (1885) S. 40 ff.
Gerichtssaal XLII. (1889) S. 266 f.

3. v. Buri sieht also zunächst immerhin in der Haupthandlung eine von den übrigen Mitwirksamkeiten für den Erfolg objektiv unterscheidbare Thätigkeit. Aber diese objektive Verschiedenheit ist ihm nur eine relativ wesentliche[56]) und nicht der Grund, weswegen der Gehülfe die Haupthandlung nicht begehen darf. Der Grund sei vielmehr lediglich ein subjektiver: daß der Gehülfe, sobald er die Haupthandlung begehen wolle, nicht mehr jenen, dem Urheber sich unterordnenden Willen besitzen könne, welcher die Beihülfe charakterisiert. Völlig konsequent dieser Anschauung ist es, wenn nicht auf die Begehung der Haupthandlung selbst, sondern vielmehr auf den Willen sie zu begehen das entscheidende Gewicht gelegt wird, so daß der mit diesem Willen Handelnde Urheber ist, auch wenn er die Haupthandlung in Wahrheit nicht begeht, und der die Haupthandlung Begehende Gehülfe bleiben kann, wenn er irrtümlich sie nicht zu begehen vermeinte. Wie aber gelangt v. Buri dazu, dem Willen, die Haupthandlung zu begehen, die Kraft zuzuschreiben, daß er den Mitwirkenden zum Urheber macht? Man sollte denken, wenn wirklich die Haupthandlung eine wesentliche Verschiedenheit gegenüber den übrigen Mitwirksamkeiten zum Erfolg nicht besitzt, dann könne auch der Wille, die Haupthandlung zu begehen, von dem Willen, eine sonstige Mitwirksamkeit zu verüben, nicht so wesentlich und absolut verschieden sein, daß er imstande ist, die Verschiedenheit zwischen Urheberschaft und Beihülfe zu begründen. Und soll eine absolute Verschiedenheit zwischen den beiden Willen bestehen, so muß sie hiernach aus einer absoluten Verschiedenheit der beiden Handlungen resultieren. Schon Krug[57]) hatte bemerkt, daß mit der Annahme, daß der Gehülfe die Haupthandlung nicht dürfe begehen wollen, der subjektiven Theorie die Spitze abgebrochen sei. Denn gebe es gewisse Handlungen, die notwendig den animus des Urhebers involvieren, so müsse

[56]) Vgl. hiergegen Ortmann im Gerichtssaal XXVIII. S. 86 ff., bes. S. 92 und 102, wo er Ursache und Haupthandlung einerseits, Bedingung und Nebenhandlung andrerseits für Korrelatbegriffe erklärt. S. auch Hälschner, System I. S. 314, wo er zu der Ansicht der subjektiven Theorie, daß der Gehülfe die Haupthandlung nicht begehen dürfe, bemerkt: „Der Unterschied der Haupthandlung und Nebenhandlung ist aber kein anderer, als der so eifrig perhorreszierte Feuerbach'sche Unterschied der Hauptursache und Nebenursache."
[57]) Abhandlungen IV. S. 77.

Digitized by Google

doch wohl in der objektiven Beschaffenheit dieser Handlungen ein Moment liegen, durch welches die der Beihülfe eigentümliche Willensrichtung ausgeschlossen werde. Und auch wir haben bereits anderwärts ähnlichen Gedanken Ausdruck gegeben.[58])

4. In der That sind denn andere Vertreter der subjektiven Teilnahmetheorie in konsequenter Betonung der objektiven Gleichwertigkeit aller Mitwirksamkeiten für den Erfolg der Ansicht, daß der Gehülfe als solcher auch die Haupthandlung begehen könne. So Henke[59]) und ganz besonders Köstlin.[60]) Allein dann gerät die subjektive Theorie sofort nach einer anderen Seite hin in die Gefahr der Vernichtung. Nach der Selbständigkeit und bezw. Unterordnung der verbrecherischen Absicht kann dann nicht mehr unterschieden werden; denn das allerdings scheint mir v. Buri nicht bestritten werden zu können, daß die Absicht die Haupthandlung zu begehen mit einer Unterordnung des eigenen Verbrechenswillens unter den eines Anderen unverträglich ist. Die subjektive Theorie sieht sich dann also auf jenen Standpunkt zurückgeworfen, da man zwischen Urhebern und Gehülfen unterschied je nach der Verfolgung eines eigenen oder fremden Interesse am Verbrechen.[61]) Allein daß diese Position unhaltbar sei, ist wohl mit Recht von bedeutenden Verfechtern der subjektiven Theorie selbst behauptet worden.[62])

Und so bleibt die besprochene Frage unter allen Umständen eine Achillesferse der subjektiven Teilnahmetheorie.

§ 20.

Soll das v. Buri'sche Unterscheidungskriterium verschiedener Arten der Teilnahme auch auf die zum Verbrechen intellektuell Mitwirkenden angewendet werden, so scheint sich ganz von selbst eine Parallele zu ergeben zwischen dem Anstifter und dem Mitthäter einerseits, dem intellektuellen und dem physischen Gehülfen andrerseits[63]): während die ersteren Beiden eine selbständige Verbrechensabsicht verfolgen, ordnen die letzteren Beiden ihren Verbrechenswillen dem-

[58]) Ursachenbegriff Note 96 S. 60.

[59]) Handbuch I. S. 527, 529.

[60]) Neue Revision S. 470 vv.: „Man muß aber noch weiter gehen und behaupten, daß der Gehülfe sogar die Haupthandlung selbst begehen könne und gleichwohl Gehülfe bleibe, sobald nur die ebengedachte Voraussetzung eintrete" scil. „sobald man nur nicht aus unmittelbarem Interesse an Begehung des Verbrechens gehandelt habe".

[61]) Vgl. v. Buri, Kausalität (1885) S. 40.

[62]) S. oben Note 24 und Note 52: Berner, Hälschner, v. Buri.

[63]) Vgl. auch Temme, Lehrb. des gem. deutsch. Str.-R. (1876), S. 144 sub 7; H. Meyer, Lehrbuch, 1. Aufl. (1875) § 46 zu Note 5; und Berner, Lehrbuch, 1. Aufl. S. 167.

Digitized by Google

jenigen des Urhebers unter. Der Unterschied des Anstifters vom intellektuellen Gehülfen besteht darnach lediglich wieder in der Selbständigkeit resp. Unselbständigkeit des verbrecherischen Willens, so zwar, daß, die entsprechende Willensbeschaffenheit vorausgesetzt, durch ganz die nämliche objektive Thätigkeit sowohl Anstiftung als intellektuelle Beihülfe begangen werden können. Und in der That hat v. Buri von allem Anfang an konstant diese Meinung vertreten:

Teilnahme S. 63:

> „Es kann nur darauf ankommen, ob die intellektuelle Einwirkung aus eignem unmittelbaren oder nur mittelbarem Interesse stattgefunden hat, und jedes einzelne Mittel zur intellektuellen Einwirkung ist in beiden Richtungen anwendbar."

Abhandlungen S. 123, 147.

Goltdammer's Archiv XII. (1864) S. 512 (cf. auch S. 513 vv. „So notwendig" u. ff.):

> „Es muß die Art und Weise, wie das Verbrechen zugerechnet werden soll — ob zur Urheberschaft oder zur Beihülfe — auch bei der intellektuellen Wirksamkeit lediglich von der Beschaffenheit des Willens abhängen, davon abhängen, ob der Wille ein selbständiger oder ein, sei es dem intellektuellen oder dem physischen Urheber, untergeordneter Wille gewesen sei. Darum sind es ganz dieselben Merkmale, welche für die Unterscheidung zwischen physischer Urheberschaft und Beihülfe maßgebend erscheinen, die auch für die Unterscheidung der intellektuellen Urheberschaft von der intellektuellen Beihülfe zur Anwendung gebracht werden müssen."

Goltdammer's Archiv XVII. (1869) S. 313.

Kausalität (1873) S. 134, 135:

> „Eine objektive Verschiedenheit zwischen der Kausalität des Anstifters und derjenigen des intellektuellen Gehülfen besteht nicht. Es liegt vielmehr die Verschiedenheit zwischen dem Anstifter und dem intellektuellen Gehülfen lediglich in der Verschiedenheit ihrer Willensbeschaffenheit, dergestalt, daß intellektuelle Urheberschaft auch durch Beförderung der Fortdauer des verbrecherischen Entschlusses des physischen Urhebers und intellektuelle Beihülfe durch Beförderung der Entstehung dieses Entschlusses begründet werden kann. Diese Willensverschiedenheit kann aber — abgesehen natürlich von der hier unmöglichen Haupthandlung — nur die nämliche sein, wie sie bereits in Betreff der physischen Urheberschaft und Beihülfe charakterisiert wurde. Intellektuelle Urheberschaft entsteht darum, wenn bei der intellektuellen Thätigkeit nur das Wollen des physischen Urhebers, und somit lediglich dessen Wirksamkeit, intellektuelle Beihülfe aber, wenn hierbei gleichmäßig das Wollen und das Nichtwollen des physischen Urhebers in Aussicht genommen gewesen war."

Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 200.

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 274:

> „Geradeso wie die Verschiedenheit des physischen Urhebers vom phy-

Digitized by Google

> sischen Gehülfen einzig und allein von der verschiedenen Beschaffenheit des Willens beider hergeleitet werden kann, so kann auch die Verschiedenheit des intellektuellen Urhebers vom intellektuellen Gehülfen nur auf dieser Basis konstruiert, also auch hier nur darin gefunden werden, je nachdem der intellektuell Handelnde die Entscheidung, ob der Erfolg herbeigeführt werden soll, von dem freien Willen des Thäters abhängig machen will, oder diesen für den seinigen nicht als maßgebend betrachtet."

Allein es sollte einem so scharfen Denker wie v. Buri auf die Dauer nicht entgangen sein, daß er mit der Annahme einer subjektiven Willensrichtung des intellektuell auf den B. einwirkenden A., wonach der A. den freien Willen des B. für den seinigen nicht als maßgebend betrachtet, wonach er also das Verbrechen durch den B. verübt haben will, auch wenn dieser selbst es nicht will, — und das wäre nach den vorstehenden Aussprüchen die Willensrichtung des intellektuellen Urhebers, des Anstifters, — sich in Widerspruch verwickle mit seiner oben S. 27, 28 wiedergegebenen Anschauung von der objektiven Bedeutung jeder intellektuellen Einwirkung auf einen willensfreien Menschen. Wenn nach dieser Anschauung die intellektuelle Einwirkung des A. unter allen Umständen den B. nur zur Fassung eines Entschlusses überhaupt nötigen kann, dagegen der Inhalt dieses Entschlusses — Begehung oder Unterlassung des Verbrechens — ganz des B. freiem Willen überlassen muß: dann ergiebt sich, daß der intellektuell einwirkende A. unter allen Umständen das Verbrechen nur wollen kann, falls der B. es will, es aber nicht wollen darf, wenn der B. es nicht will, daß also der Verbrechenswille des intellektuell auf das Verbrechen Hinwirkenden sich immer und überall dem Willen des intellektuell Beeinflußten unterordnen muß.

Wenn also v. Buri auch neuestens noch lehrt:

> „Stellt aber der Anstifter den Inhalt der Entschließung dem freien Ermessen des Thäters anheim, so macht er auch, wenn er nicht selbst die Realisierung eines selbständigen Interesses bezweckt, seinen eigenen Willen gerade so von dessen Willen abhängig, wie dies auch der intellektuelle Gehülfe thut, welcher demselben überläßt, ob er die bereits beschlossene That in der einen oder der anderen Weise ausführen wolle" (Kausalität 1885 S. 65),

so fordert es die Konsequenz seiner eigenen Ansichten, daß er die hervorgehobene Einschränkung dieses Satzes streiche. Freilich sind wir dann bei dem der Wirklichkeit total zuwiderlaufenden Resultate angelangt, daß es überhaupt keine intellektuelle Urheberschaft gebe.[64]) Aber dieses

[64]) Wie denn durch ganz ähnliche Erwägungen auch schon Luden in seinem Handbuch I. S. 355 mit 455 zu dem Resultate gelangt war, „daß die Anstiftung zu

Digitized by Google

Resultat ist eben nichts weiter als eine notwendige Folge der oben § 13 referierten verfehlten Konstruktion der Anstiftung, die ihrerseits wieder durch die ungesunde Identifizierung von Bedingung und Ursache, die Wurzel alles Übels, verschuldet worden ist.

Fünftes Kapitel.

Die nächsten Konsequenzen der subjektiven Unterscheidung.

§ 21.

Die nächsten Konsequenzen, zu welcher diese rein subjektive Konstruktion der Teilnahmetheorie führen muß, bestehen vor Allem in der Verwischung und Unterdrückung der Scheidung von Thätern und Teilnehmern und von verschiedenen Arten der Teilnehmer, wie sie die objektive Teilnahmetheorie mit sich bringt. Die objektive Theorie, indem sie physische und intellektuelle Mitwirksamkeit einerseits, Setzen untergeordneter und überwiegender Bedingungen andrerseits auseinanderhält, kommt vor Allem zum Gegensatz von Thätern und Teilnehmern und innerhalb der letzteren zur Unterscheidung von Mitthätern, Anstiftern, physischen und intellektuellen Gehülfen. Die subjektive Theorie, indem sie alle Bedingungen als gleichwertig betrachtet und Bedingung und Ursache identifiziert (s. oben Kapitel 2), indem sie ferner Unterschiede unter den Teilnehmern und Thätern auch hinsichtlich ihrer formellen Absicht nicht anerkennt (s. oben Kapitel 3 §§ 14, 15), vermag insoweit irgend welche juristisch relevante Unterschiede zwischen Thätern, Mitthätern, Anstiftern, physischen und intellektuellen Gehülfen nicht aufzufinden. Sie alle verursachen ihr in gleicher Weise den ganzen verbrecherischen Erfolg, sie alle wollen nach ihr auch gleichmäßig den verbrecherischen Erfolg: sie sind ihr also zunächst juristisch betrachtet alle in gleicher Weise dolose Thäter des Verbrechens; etwaige Verschiedenheiten unter ihnen können zunächst nur faktischer, juristisch gleichgültiger, Natur sein. Ein juristisch relevanter Unterschied ergiebt sich nur hingesehen auf die materielle Absicht (s. oben Kapitel 3 §§ 16 ff.); aber auch hiernach stehen sich Thäter, Mitthäter und Anstifter auf der

---

einem Verbrechen in dem Falle, da der Angestiftete als Verbrecher handelt, nicht unter den Begriff der Urheberschaft subsumiert werden kann". Vgl. dagegen Berner, Lehrbuch, 7. Aufl. § 109 S. 194 zu Note 1.

Digitized by Google

einen Seite, intellektuelle und physische Gehülfen auf der andern Seite untereinander vollkommen gleich: die Ersteren handeln alle gleichmäßig in eigenem selbständigem Interesse, die Letzteren alle gleichmäßig in Unterordnung unter das Interesse eines Anderen. So reduzieren sich denn alle jene Unterscheidungen der objektiven Theorie für die subjektive auf nur zwei: auf Urheberschaft und Beihülfe.[65]) Die Urheberschaft umfaßt alle animo auctoris, allein oder mit Anderen zusammen, die Beihülfe alle animo adjutoris für die Hervorbringung eines verbrecherischen Erfolges thätig Werdenden.

Und so lesen wir denn auch bei v. Buri:

Goltdammer's Archiv XII. S. 512:

„Eben darum ist denn auch in der sog. Miturheberschaft keine besondere Erscheinungsform des Verbrechens zu erblicken, sondern lediglich die Thatsache der stattgefundenen Vereinigung eigener und fremder Kräfte zu dem beabsichtigten Erfolge."

Kausalität (1873) S. 132 unten:

Der Begriff der Anstiftung ist fallen zu lassen und nur an dem der Miturheberschaft festzuhalten.

Gerichtssaal XXV. S. 251:

„Haftet jeder einzelne (scil. Mitthäter) für das Ganze schon darum, weil er es gewollt und mit seiner eigenen Kausalität in vollem Umfange umfaßt hat, so ist hierauf ein verbrecherisches Wollen und Wirken Anderer ganz irrelevant und das Verhältnis der Mitthäter zu einander sonach allerdings ein lediglich faktisches, kein juristisches."

Gerichtssaal XXVIII. S. 193, 194:

„Unter dieser Voraussetzung ergiebt sich aber, daß, wenn Jeder von Mehreren eine Mitwirksamkeit für den nämlichen Erfolg geäußert hat, derselbe auch von Jedem ganz als Thäter verantwortet werden muß. ..... Darum ist aber auch die Mitthäterschaft lediglich eine thatsächliche Erscheinung."

Ebenda S. 200:

„Die intellektuellen Kräfte sind gerade so wirksam für den Erfolg wie die physischen, und es verursacht darum auch die intellektuelle Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg. Auch sie macht daher, wenn sie verschuldet ist, zum Thäter."

---

[65]) Auffallenderweise (vgl. oben Note 16) ist Binding, obwohl ein Gegner der v. Buri'schen Kausalitätstheorie, in seinem Grundriß (3. Aufl.) § 70 ebenfalls zu dem Satze gelangt, daß „es theoretisch nur zwei Typen des Verbrechers giebt, den des Urhebers und den des Gehülfen, von welchen jener das Verbrechen selbst nach Willen und Thatseite hervorbringt, während dieser einem fremden Verbrechen die unterstützende Hand bietet." So war es nicht ohne Berechtigung (vgl. auch den weiteren Verlauf dieser Abhandlung), wenn Olshausen, Kommentar 2. Aufl. zu § 47 sub 5b Binding geradezu zu den Vertretern des subjektiven Standpunktes in der Lehre von der Teilnahme zählte.

Digitized by Google

Goltdammer's Archiv XXV. (1877) S. 282:

> Nach der subjektiven Theorie „ist für den Anstifter nicht die gelungene Anstiftung das Ziel seines Strebens, sondern der verbrecherische Erfolg, und er ist darum auch, im Falle das Ziel erreicht ist, gerade so gut ein Thäter, wie auch der physische Urheber."

Gerichtssaal XXIX. S. 269:

> „Es mußte sich ergeben, ...-daß . . die Schuldformen der Teilnahme, der Anstiftung und des Komplotts nicht allein überflüssig, sondern auch durchaus hinfällig seien, da vielmehr die Strafbarkeit jedes Einzelnen nur seiner eigenen Wirksamkeit und seiner eigenen Verschuldung entnommen werden könne, nicht aber der Wirksamkeit und Verschuldung eines Anderen."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 252:

> „Darum ist aber auch eine Lehre von der Teilnahme in dem Sinne, daß durch sie besondere rechtliche Wirkungen erzeugt werden könnten, unmöglich."

Ebenda S. 276:

> „Kann aber hiernach jeder der mehreren Mitwirkenden nur vermöge seines eigenen Willens und seiner eigenen Mitwirksamkeit für den Erfolg haftbar gemacht werden, so besteht auch zwischen ihm und den übrigen Mitwirkenden keinerlei rechtserhebliche Verbindung, und es ist darum der Begriff der Mitthäterschaft kein rechtlicher, sondern lediglich ein faktischer."

Ebenda S. 275 oben, S. 276 oben:

> „und es steht nach der hier vertretenen Kausalitäts- und Willenstheorie nichts im Wege, den Begriff der Anstiftung vollständig fallen zu lassen, bezw. denselben durch den Begriff der gewollten intellektuellen Mitwirksamkeit zu ersetzen" .... „daß auch der Anstifter ein Thäter ist".

Kausalität (1885) S. 39; S. 62:

> Man muß zu der Erkenntnis vordringen, „daß die besonderen Schuldformen der mittelbaren und unmittelbaren Thäterschaft, der Mitthäterschaft, Anstiftung und intellektuellen Urheberschaft als überflüssig in Wegfall kommen, wenn das Prinzip der vollen Ursachlichkeit der bloßen Mitwirksamkeit angewendet wird, und in diesem Falle lediglich eine klare Unterscheidung der Urheberschaft und Beihülfe vom subjektiven Standpunkt aus geboten erscheint".

Vgl. noch Teilnahme (1860) S. 30; Abhandlungen (1862) S. 116, 124, 151.

§ 22.

Aus den vorstehend abgedruckten Äußerungen v. Buri's ergiebt sich zugleich, daß er eine Abhängigkeit der Strafbarkeit der Teilnehmer an einem Verbrechen von der Strafbarkeit des Thäters, daß er also die sog. akzessorische Natur der Teilnahme leugnet. Und auch hierin zieht er nur richtig die Konsequenz der subjektiven Theorie. Wenn jeder Teilnehmer durch seine wie immer beschaffene Mitwirkung zum ver-

Digitized by Google

brecherischen Erfolg diesen ganz verursacht, und wenn jeder zugleich auch den Erfolg durch seine Handlung herbeiführen will, so sind schon in seinem eigenen Verhalten alle Requisite für eine Bestrafung gegeben, so hat er sich hierdurch selbständig für den Erfolg strafbar gemacht, und kann seine Strafbarkeit nicht erst aus dem Verhalten der übrigen Mitwirkenden abgeleitet und nach diesem bemessen werden. Für die Formen der Mitthäterschaft und der Anstiftung ist dies von vornherein klar und in den vorstehenden Stellen von v. Buri schon genügend zum Ausdruck gebracht. Mitthäter und Anstifter sind ihm ja selbst Urheber des Verbrechens. Aber auch den akzessorischen Charakter der Beihülfe nimmt v. Buri in Abrede.[66]) Und von seinem Standpunkt aus wiederum völlig konsequent. Denn in dem Fall, für welchen der Gehülfe das Verbrechen überhaupt will, nämlich falls der Thäter es will (oben § 17), will er es selbständig und führt es auch selbständig aus. Hören wir ihn selbst:

Teilnahme S. 67, 68:

> „Aber was soll denn der Umstand, daß der Urheber selbst eine strafbare Handlung begeht, für einen Einfluß auf den Gehülfen haben; dessen Wille wird hierdurch nicht besser und nicht schlechter und die von ihm geäußerte Thätigkeit keine andere ..... Erwägt man, daß der Gehülfe den verbrecherischen Erfolg gerade so gut herbeiführen will, wie der Urheber, und daß die von ihm hierzu geäußerte Thätigkeit wenigstens von relativ gleicher Wesentlichkeit ist wie diejenige des Urhebers, so wird man sich wohl hüten müssen, die Handlung des Gehülfen als eine an und für sich straflose und nur mit Rücksicht auf die Thätigkeit des Urhebers strafbare zu erklären."

Goltdammer's Archiv XVII. S. 310:

> Auch der Gehülfe will den Erfolg und wird mit diesem Willen mitwirksam für denselben. „Darum ist es nicht einzusehen, warum er nicht gleichfalls für den Erfolg haften und vielmehr gewissermaßen als Akzessorium des Urhebers nur dann erst zur Strafe soll gezogen werden können, wenn auch dieser sich strafbar gemacht hat."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 267:

> „unklarer Standpunkt, welcher die Beihülfe als Akzessorium der Urheberschaft betrachtet."

§ 23.

Nur in subjektiver Hinsicht besteht eine gewisse Unselbständigkeit der Beihülfe gegenüber der Urheberschaft, indem der Gehülfe selbst, wie wir

[66]) Anders andere Vertreter der subjektiven Theorie. Vgl. Berner, Teilnahme S. 207; Köstlin, System I. S. 282 ff.; Hälschner, Gem. deutsch. Strafr. I. S. 388.

Digitized by Google

sahen, seinen verbrecherischen Willen von demjenigen des Thäters abhängig macht. Allein das hat wie eben schon gezeigt mit der akzessorischen Natur der Beihülfe, wie man sie gewöhnlich versteht, nichts zu thun; es bedingt kein wirkliches Dasein eines Thäters, um den Gehülfen strafen zu können, sondern nur ein vom Gehülfen vorgestelltes; es hat nichts zu thun mit der Strafbarkeit des Gehülfen überhaupt, sondern influiert nur auf den Grad seiner Strafbarkeit (s. oben S. 37).

Bei dieser Gelegenheit müssen wir übrigens auf einen Punkt aufmerksam machen, der uns wiederum als ein Beweis dafür erscheint, wie die Unhaltbarkeit seiner Kausaltheorie sich v. Buri selbst unwillkürlich aufdrängt. Ist es Begriffserfordernis für den Gehülfen, daß er seinen Willen von dem des Thäters abhängig mache, so liegt darin, daß der Gehülfe stets mit einem Andern muß zusammenwirken wollen, daß er sich die Mitwirksamkeit eines Thäters als zu seiner eigenen hinzutretend vorstellen muß. Wir finden es daher nur konsequent, wenn v. Buri dies verschiedentlich betont.[67]) Allein v. Buri verlangt eine solche Vorstellung auch von anderen Teilnehmern am Verbrechen. Man vergleiche.

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 276:

„Hat ein Erfolg Beziehung zu der Thätigkeit mehrerer Personen, so hängt nach den früheren Erörterungen die Beurteilung einer jeden einzelnen Person davon ab, ob ihre Thätigkeit als Mitwirksamkeit aufgetreten ist, ob sie den Erfolg gewollt hat, und ob von ihrem Willen auch die fremden Mitwirksamkeiten umfaßt, dieselben insbesondere, wenn auch nur als mögliche, in Berechnung gezogen worden waren. Dann, und nur dann, hat sie den Erfolg in vollem Umfange zu verantworten, und zwar als Gehülfe, wenn sie ihren Willen von dem strafbaren Willen eines der Mitwirkenden abhängig gemacht hatte, andernfalls als Urheber."

Kausalität (1885) S. 39:

„Allerdings ist es, wenn der Einzelne für den von Mehreren verursachten Erfolg haften soll, erforderlich, daß er eine Vorstellung ..... von den Wirksamkeiten aller Übrigen gehabt habe."

Allein wozu diese Vorstellung? Beim Gehülfen, wie gesagt, begreifen wir ihre Notwendigkeit, weil ohne sie jene Unterordnung unter den Willen des Thäters, die sein Wesen ausmacht, nicht denkbar ist. Aber die Urheber, die Mitthäter und die Anstifter haben ja einen von keinem fremden Willen abhängigen selbständigen Willen, sie verüben auch

[67]) Wohl aber möchten wir fragen, wie sich denn diese Vorstellung vereinigen läßt mit dem Gedanken des Gehülfen (vgl. die Stellen oben S. 38 f.), daß der Thäter den Erfolg auch nicht wollen könnte?

Digitized by Google

eine völlig selbständige Verursachung des Erfolges, da scheint doch die Vorstellung von der Mitwirksamkeit anderer Teilnehmer überflüssig? Und wenn es betreffs der Haftbarkeit der Mitthäter und Anstifter für den Erfolg vollkommen gleichgültig ist, ob neben ihnen noch Andere den Erfolgt gewollt haben und für ihn wirksam geworden sind (s. oben die Stellen in § 21), dann, sollte man denken, müßte auch eine entsprechende Vorstellung der Mitthäter und Anstifter für ihre Schuld völlig gleichgültig sein.

Nun weiß ich wohl, daß v. Buri seit seiner Kausalität (1873) auch für die Schuld des Alleinthäters verlangt, daß derselbe sich die außer seiner eigenen Thätigkeit für den Erfolg mitwirksam gewesenen Kräfte müsse vorgestellt haben, und daß also die obigen Sätze über die Schuld der Teilnehmer nur Anwendungen sind seiner Anschauung über die Schuld des Thäters, wie sie von ihm entwickelt ist:

Kausalität (1873) S. 13 ff.
Gerichtssaal XXVIII. S. 193.
Gerichtssaal XXIX. S. 271.

Allein eben diese Anschauung scheint mir unverträglich mit seiner Kausalitätslehre. Er motiviert sie dahin, daß der ganze Kausalzusammenhang vom Willen durchdrungen sein müsse, wenn der ganze Erfolg zur Schuld solle zugerechnet werden können. Nun stehe aber der Erfolg nicht bloß mit der Handlung des Thäters, sondern auch mit all den übrigen Kräften in Kausalzusammenhang, welche neben der Handlung des Thäters so für den Erfolg mitwirksam gewesen seien, daß die Existenz des Erfolges von ihrem Bestehenbleiben abhänge. Folglich müsse der Wille des Thäters auch alle diese mitwirksamen Kräfte mit umfassen. Dem stelle ich folgende Sätze gegenüber: entweder es ist der Satz richtig, jede einzelne Mitwirksamkeit verursacht den ganzen Erfolg; oder es ist der Satz richtig, nur alle Mitwirksamkeiten zusammen verursachen den ganzen Erfolg. v. Buri's Unternehmen, darzuthun, daß die beiden Sätze richtig, ja identisch seien, habe ich bereits an anderem Orte als eine dialektische Selbsttäuschung gekennzeichnet.[68]) Soll also die obige Behauptung richtig sein, daß für die Schuld jedes Teilnehmers erforderlich ist die Vorstellung von der Mitwirksamkeit der übrigen, so kann dies nur darin seinen Grund haben, weil der Erfolg lediglich durch alle Mitwirksamkeiten zusammen verursacht werden kann und daher nur durch alle kann verursacht werden wollen. Damit ist

[68]) Ursachenbegriff S. 13. — Gleichwohl kommt v. Buri auf das nämliche Quid pro quo jetzt wieder im Gerichtssaal XLII. S. 266 zurück.

Digitized by Google

die Identität von Bedingung und Ursache aufgegeben, und man steht auf dem Boden der objektiven Teilnahmetheorie (s. unten den 2. Abschnitt in § 61). Soll hingegen die Behauptung richtig sein, daß jede Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht, dann muß man auch durch seine Mitwirksamkeit allein den ganzen Erfolg können verursachen wollen, und dann bedarf es zur Schuld mindestens der Mitthäter und Anstifter nicht der Vorstellung von der Mitwirksamkeit Anderer.[69]) Wie denn in der That v. Buri selbst früher die Ansicht vertreten hat, die in seiner Kausalität (1873) S. 13 als folgende ratio dubitandi für seine Anschauung von der Schuld erscheint:

> „Man kann nun durch die Erwägung, daß die mitwirkende Ursache den ganzen Erfolg verursacht, zu der Annahme verleitet werden, daß es, um für den Erfolg haftbar zu werden, hinreiche, wenn nur der Erfolg und die eigene mitwirksam gewesene, zur Herbeiführung desselben unternommene, Handlung gewollt gewesen sei, ein Gewollthaben der übrigen mitwirksam gewesenen Ursachen aber hierzu nicht erforderlich erscheine."

Wir halten diese Annahme für die in Konsequenz der v. Buri'schen Kausalitätstheorie allein haltbare; freilich aber auch diese Konsequenz schon allein für geeignet, seine ganze Kausalitätstheorie ad absurdum zu führen.

Sechstes Kapitel.

Die entfernteren Konsequenzen der subjektiven Unterscheidung.

§ 24.

Sofort aber ergeben sich dann aus den dargelegten Grundsätzen der subjektiven Teilnahmetheorie noch eine ganze Reihe weiterer Folgesätze für die verschiedensten Lehren des Strafrechtes, von denen im Folgenden nur diejenigen kurz hervorgehoben werden sollen, welche für die später folgende Darstellung des positiven Rechts und der Judikatur des Reichsgerichts Vergleichungspunkte darbieten.[70])

---

[69]) Und auch zur Schuld des Gehülfen bedarf es dieser Vorstellung, wie oben bereits erörtert, nur wegen der Unselbständigkeit seines Willens. Anders wiederum v. Buri. Richtig zwar Gerichtssaal XXVIII. S. 196 unten. Allein s. insbes. in Goltdammer's Archiv XVII. S. 236 vv.: „Die Thätigkeit des Gehülfen soll den Eintritt des Erfolges nicht unmittelbar herbeiführen, es ist vielmehr der Wille desselben auf Begehung einer Handlung gerichtet, zu deren Wirksamkeit für den Erfolg der Hinzutritt einer Handlung des Urhebers ihm erforderlich erscheint."

[70]) v. Buri deutet diese Konsequenzen speziell für die Beihülfe an in seiner Kausalität (1873) S. 124 vv.: „Will der Gehülfe den Erfolg, so fällt ihm hierdurch, sowie in Gemäßheit seiner mitwirkenden Thätigkeit, der ganze Erfolg gerade so zur

Digitized by Google

Wenn der einzelne Teilnehmer schon wegen seiner eigenen Verursachung und Verschuldung, ohne Rücksicht auf die der Mitwirkenden, für den verbrecherischen Erfolg als verantwortlich erscheint, so vermag eine etwaige Verabredung mit den Anderen, gemeinschaftlich das Verbrechen zu begehen, höchstens die Strafausmessung zu influieren. Eine weitergehende juristische Bedeutung spricht denn auch v. Buri dem Komplott entschieden ab; insbesondere leugnet er die auch von manchen Vertretern der subjektiven Theorie verteidigte Ansicht, daß durch vorherige Verabredung der sonst nur als Gehülfe erscheinende Teilnehmer zum Urheber könne gestempelt werden.[71]) Juristische Bedeutung habe das Komplott lediglich für die objektive Teilnahmetheorie, indem es derselben die Brücke baue, um von der nur teilweisen Hervorbringung des Erfolges durch die einzelnen Teilnehmer doch zur Bestrafung eines jeden wegen des ganzen Erfolges zu gelangen. Hiezu bedürfe die objektive Theorie einer Willenseinigung unter den Teilnehmern, wie sie gerade in dem Komplott gegeben sei.

Man vgl. Teilnahme (1860) S. 11 unten, 12 oben; S. 18:

> „So notwendig nun auch der Begriff des Komplotts zu einer gerechten Strafzumessung für das Prinzip der objektiven Kausalität ist, so überflüssig erscheint derselbe, wenn man jede Thätigkeit, welche nur irgendwie für den Erfolg wirksam war, als eine wesentliche ansieht; denn hier ergiebt sich die gleiche Haftbarkeit aller derjenigen, welche, sei es auch ganz unabhängig von einander, einen Beitrag zu dem Verbrechen, gleichviel welchen, in urheberischer Absicht geleistet haben, als Urheber dieses Verbrechens von selbst."

Abhandlungen (1862), deren zweite, S. 115 ff., unter der Überschrift:

> „Das Komplott ist keine besondere Schuldform" ex professo die oben skizzierten Sätze nachzuweisen bestimmt ist. Vgl. besonders S. 125, 126: „Jede Lehre, welche aus dem bestehenden Vertragsverhältnis besondere Wirkungen herleiten will, die sich nicht zugleich schon aus der Willensbeschaffenheit jedes einzelnen Komplottanten, für welchen sie Geltung haben sollen, und daraus rechtfertigen, daß dessen Thätigkeit physisch oder intellektuell für den Erfolg wirksam gewesen ist, ist falsch."

Goltdammer's Archiv XII. S. 512; XVII. S. 241.

Last, wie auch dem Urheber. Er ist selbst Urheber ..... und alle Grundsätze über dolus, Versuch, Vollendung, persönliche Qualifikationen, Rücktritt vom Verbrechen u. s. w. müssen darum für ihn eine selbständige Geltung haben. Seine einzige Verschiedenheit von dem Urheber besteht in der Unselbständigkeit seines Willens, die aber außerhalb des Gebietes ihrer Konsequenzen irgend welchen weiteren Einfluß nicht zu äußern vermag."

[71]) Vgl. Bauer, Abhandlungen I. S. 418—420; Berner, Lehrb. 1. Aufl. § 112; Heffter, Lehrb. § 86. S. gegen sie u. Hepp ausdrücklich v. Buri, Abhandlungen S. 139, 142. Vgl. auch Denselben, Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 276, 277, wo er die im Text referierte Ansicht, als in Wahrheit der objektiven Teilnahmetheorie entsprechend, bekämpft.

Digitized by Google

Gerichtssaal XXII. S. 81 ff.; XXV. S. 250; XXVIII. S. 205 f. unten zu Note 246.

Kausalität (1873) S. 67.

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 277:

„Die Schuldform des Komplotts wird nun gegenwärtig zwar allgemein verworfen. Aber solange man lediglich die Ansicht aufgiebt, die Verabredung gestalte aus Gehülfen Urheber,[72]) und nicht zugleich auch die Meinung, infolge der Verabredung könne als verursacht aufgerechnet werden, was der einzelne durch seine Mitwirksamkeit nicht verursacht habe, solange man sich m. a. W. nicht überzeugt, daß die bloße Mitwirksamkeit das Ganze verursacht, ist man zur Verwerfung des Komplotts nicht berechtigt, und es fristet dann trotz allseitiger Verleugnung, sein Dasein noch bis auf den heutigen Tag."

Kausalität (1885) S. 39:

„Komplott und Mitthäterschaft können sonach keine rechtliche, sondern nur eine thatsächliche Bedeutung besitzen. Allerdings ist es, wenn der Einzelne für den von Mehreren verursachten Erfolg haften soll, erforderlich, daß er eine Vorstellung .... von den Wirksamkeiten aller Übrigen gehabt habe. Aber er kann zu dieser Vorstellung auch ohne Komplott und Mitthäterschaft gelangt sein, und es muß sogar genügen, wenn er die übrigen Mitwirksamkeiten für Naturkräfte gehalten haben sollte, während sie menschliche waren."

§ 25.

Da Mitthäter und Anstifter bei konsequenter Gestaltung der subjektiven Teilnahmetheorie selbst Thäter des Verbrechens sind, zu dessen Hervorbringung sie mitgewirkt haben, so muß es bei denjenigen Verbrechen, bei denen es überhaupt eine **kulpose** Thäterschaft giebt, auch eine kulpose Mitthäterschaft und Anstiftung geben. In der That haben sowohl v. Buri als Janka diese Konsequenz gezogen.[73]) Man vgl.

v. Buri, Teilnahme (1860) S. 21 ff. (fahrlässige physische Urheberschaft [und Miturheberschaft]); S. 50 ff. (fahrlässige Anstiftung).

Abhandlungen (1862) S. 123 Note 5.

Kausalität (1873) S. 105 (cf. auch S. 133 u. dazu meinen Ursachenbegriff S. 74).

Gerichtssaal XXVIII. S. 201:

„Nun ist jedoch eine fahrlässige Anstiftung, bezw. die Strafbarkeit der-

[72]) Vgl. die vorige Note.

[73]) Während andere, weniger konsequente, Vertreter der subjektiven Theorie allerdings eine kulpose Teilnahme leugnen. Vgl. z. B. Berner, Teilnahme, S. 213: „Die Kulpa begründet niemals eigentliche Teilnahme"; S. 270 ff. Köstlin, System I. S. 271: „Der Satz, daß wahre Teilnahme nur durch dolus, nicht durch culpa, begründet werden könne, ist nur von Wenigen bestritten, und aus unzureichenden Gründen."

Digitized by Google

selben, nur dann logisch denkbar, wenn man sie eben nicht als Beteiligung an dem Verbrechen eines Andern auffaßt, sondern sie in ihrer Wirksamkeit für den Erfolg betrachtet."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 289, 290:

„Die Wirksamkeit der fahrlässigen Handlung ist als Wirksamkeit in keiner Weise verschieden von denjenigen der vorsätzlichen Handlung. Darum gilt aber auch für sie der Satz, daß sie als bloße Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht. Was aber die Verantwortlichkeit für diese Verursachung anbelangt, so kann auch sie, wie die vorsätzliche, nur von der Beschaffenheit des Willens abgeleitet werden, und sie ist begründet, im Falle der Handelnde bei gehöriger Aufmerksamkeit das Hinzutreten der übrigen mitwirkenden Kräfte zu der eigenen und bezw. das Ergebnis dieser vereinten Kräfte als möglich vorausgesehen haben würde. Ob dann die übrigen Mitwirksamkeiten sich aus zurechnungsfähigen oder unzurechnungsfähigen, vorsätzlichen, fahrlässigen oder zufälligen menschlichen Handlungen herleiten, oder aus einer Naturkraft, erscheint bedeutungslos, und es wird darum auch die Strafbarkeit des Fahrlässigen ausschließlich durch seine eigene Wirksamkeit und seinen eigenen Willen begründet."

Janka, Österr. Strafr. § 67 sub II.:

„Verbrecherische Teilnahme ist schuldhaftes Mitwirken zu dem Verbrechenserfolge. Begrifflich ist verbrecherische Teilnahme in den beiden Schuldformen, als dolose wie als kulpose Teilnahme möglich. Es ist nicht nur ein doloses Zusammenwirken, sondern ebensowohl ein kulposes Zusammenwirken von verschiedener Seite aus, als auch dolose Beteiligung von der einen und kulpose Beteiligung von der anderen Seite aus denkbar."

Eine kulpose Beihülfe freilich ist begrifflich ausgeschlossen. Denn jene Unterordnung des eigenen Willens unter den des Urhebers, wie sie das Wesen der Beihülfe wenigstens nach der v. Buri'schen Formulierung der subjektiven Teilnahmetheorie ausmacht, ist bei culpa des Gehülfen wohl nicht denkbar. Zum Begriff der Beihülfe gehört dolus (eventualis: s. oben § 17). So denn auch v. Buri, der jedoch dabei zu vorschnell den Schluß zieht, daß die objektive Teilnahmetheorie, weil sie für die Beihülfe jene Unterordnung des Willens nicht verlange, auch eine fahrlässige Beihülfe anerkennen müsse (wogegen unten 2. Abschnitt in § 60).

Teilnahme S. 21—23.

Kausalität (1873) S. 128:

„Die Unterordnung eines beihelfenden Willens kann nur dann stattfinden, wenn auch wirklich ein verbrecherischer urheberischer Wille — wenigstens nach der Meinung des Gehülfen — existiert. Ist dies nicht der Fall, so weiß der Gehülfe, daß lediglich sein auf das Verbrechen gerichteter Wille der dasselbe bestimmende — also der herrschende ist. Darum giebt es keine kulpose Beihülfe, die allerdings von

Digitized by Google

objektivem Standpunkt aus denkbar erscheint, sondern nur eine kulpose Urheberschaft."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 290:

„daß die fahrlässige Verursachung diejenige eines Urhebers und nicht auch diejenige eines Gehülfen sein kann, erklärt sich daraus, daß bei der Fahrlässigkeit das bewußte Unterordnen des eignen strafbaren Willens unter einen andern strafbaren Willen selbstverständlich ausgeschlossen erscheint."

Kausalität (1885) S. 52 unten.

Wie Janka über die Möglichkeit einer kulposen Beihülfe denkt, sagt er nicht ausdrücklich; aus seinem oben abgedruckten allgemeinen Ausspruch scheint hervorzugehen, daß er sie nicht in Abrede nehmen will; wie ihn denn auch seine Konstruktion der Willensseite des Gehülfen (s. oben § 14 i. f.) dies zu thun nicht nötigt.[74])

Die Selbständigkeit der Verursachung und Verschuldung eines jeden von mehreren zu einem Verbrechen Zusammenwirkenden eröffnet selbstverständlich auch die Möglichkeit, daß der eine dolos, der andre kulpos mitwirkt, wie dies denn auch von v. Buri und Janka in den oben nach Note 73 abgedruckten Stellen ausdrücklich hervorgehoben wird.

Eine dolose Beihülfe zu kulposer Urheberschaft freilich muß wenigstens v. Buri wieder leugnen; von einer Unterordnung des Gehülfen-Willen unter den Willen des Thäters könnte auch hier keine Rede sein.

Vgl. Teilnahme S. 75 oben:

„Es giebt aber auch keine absichtliche Beihülfe zu einem kulposen Verbrechen, sie schlägt vielmehr, weil es dem Gehülfen hier bekannt ist, daß der Fahrlässige keine formelle Absicht verfolgt, und er mithin auch mit seiner Thätigkeit eine solche Absicht nicht unterstützen kann, in vorsätzliche Urheberschaft um."

Kausalität (1873) S. 128.

Gerichtssaal XXVIII. S. 203, 204.

§ 26.

Mitthäter und Anstifter sind nach der subjektiven Theorie selbständig strafbare Thäter des gemeinsam mit Anderen begangenen Verbrechens. Unmittelbare Folge davon ist, daß ihre Thätigkeit, vom Erfolg

---

[74]) Von anderen Vertretern der subjektiven Teilnahmetheorie leugnen eine kulpose Beihülfe z. B. Berner, Teilnahme S. 212: denn jede Teilnahme sei eine Willensvereinigung, und daher müsse der Gehülfe wissen, der Andere beabsichtige die Vollbringung des Verbrechens und er selbst unterstütze ihn nur dabei; Köstlin, System § 92 Note 1, § 93 Note 3; denn das Wesen jeder rechtlich bedeutsamen Teilnahme sei das bewußte Zusammenhandeln auf ein Ziel, wodurch eine Willensverbindung entstehe.

Digitized by Google

derselben ganz abgesehen, bereits als ein selbständig strafbarer Versuch des Verbrechens erscheinen muß. Und so wiederum sowohl v. Buri als Janka. Man vgl.:

v. Buri, Teilnahme (1860) S. 57 oben:

„Sobald der intellektuelle Urheber mit seiner Einwirkung auf den Anzustiftenden begonnen hat, liegt ein Versuch des von ihm beabsichtigten Verbrechens vor, und dieser ist vollendet, sobald er zu der Überzeugung gekommen ist, daß sich der Anzustiftende entschlossen habe und ohne weiteres Zuthun von seiner Seite die ihm angesonnene That physisch ausführen werde. Ob er in Wirklichkeit einen Entschluß bei dem physischen Urheber zu Stande gebracht hat, ist hierbei gleichgültig, da der vollendete Versuch nur vom subjektiven Standpunkt aus beurteilt werden kann." [75])

Kausalität (1873) S. 105, 132, 133 (vgl. auch meinen Ursachenbegriff S. 74):

„Hat der Handelnde mit einiger Wahrscheinlichkeit vorausgesehen, daß sich seine Thätigkeit zur mitwirkenden Ursache für den Erfolg gestalten werde, so muß er denselben, wenn er nicht besonders von seinem Willen abgelehnt gewesen war, im Falle seines Eintritts als einen gewollten verantworten. Bleibt der gewollte Erfolg aus, so liegt in der eigenen Mitwirksamkeit ein Versuch desselben." . . . . . „Im Falle man . . . . . davon ausgeht, daß der Anstifter das Verbrechen wolle, und seine intellektuelle Thätigkeit eine Mitwirksamkeit für dasselbe enthalte . . . . ., kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die intellektuelle Kausalität der nämlichen Beurteilung unterzogen werden muß, wie die physische, und eben darum die wirkungslos gebliebene intellektuelle Thätigkeit einen Versuch — nicht der Anstiftung, sondern — des Verbrechens darstellt."

Gerichtssaal XXI. S. 96 ff.; XXVIII. S. 201.

Goltdammer's Archiv XXV. S. 281 ff., bes. S. 284:

„Jeder Versuch durch bloße intellektuelle Thätigkeit ist ganz der nämlichen Beurteilung zu unterziehen, wie auch der intellektuell-physische Versuch . . . . . Wo ein intellektuell-physischer Versuch möglich ist, ist auch ein lediglich intellektueller Versuch möglich, und wo ersterer ausgeschlossen erscheint, erscheint auch letzterer unmöglich . . . . . Und wenn das Gesetz den Versuch mancher Strafthaten straflos lassen will, so muß dies auch von dem lediglich intellektuellen Versuche derselben gelten . . . . . Ebensowenig kann aber auch der intellektuelle Versuch straflos bleiben, wenn der intellektuell-physische gestraft werden soll."

Janka a. a. O. S. 146 sub 2:

„Thatsächliche Mitwirksamkeit liegt nur dort vor, wo der Erfolg sich ergeben hat. Verbrecherische Vollbringung setzt sonach auch bei der Teilnahme den Erfolgseintritt voraus. Ist der Erfolg ausgeblieben, dann steht auch der Teilnehmer beim Versuche."

Insbesondere also auch dann, wenn der gewollte Erfolg nicht eingetreten ist, weil die erwartete Mitwirksamkeit des Mitthäters resp. des

[75]) Vgl. zu dem letzten Satze oben Note 38.

Digitized by Google

Angestifteten ausgeblieben ist,[76]) wie das namentlich der Fall ist bei der sog. mißlungenen und erfolglosen Anstiftung, kann und bezw. muß der für den Erfolg physisch oder intellektuell animo auctoris wirksam Gewordene wegen Versuches des Verbrechens gestraft werden (vgl. bes. v. Buri in Goltdammer's Archiv a. a. O.). Denn in dem, was der Mitthäter und der Anstifter gethan haben, liegt bereits Alles vor, was objektiv wie subjektiv nötig ist, um sie als selbständig, wegen Versuches, strafbar erscheinen zu lassen (vgl. auch oben Note 37 bis 39).

Ganz das Nämliche muß dann aber auch vom Gehülfen gelten. Denn hinsichtlich seiner Kausalität für den Erfolg unterscheidet er sich in nichts von andern für denselben Mitwirkenden. Hinsichtlich seiner Schuld hingegen unterscheidet er sich von ihnen zwar dadurch, daß er nur dolo eventuali handelt; allein dolus eventualis genügt, um wegen Versuches gestraft zu werden. Nur auf den Grad der Strafbarkeit influiert der bloß bedingte Verbrechenswille des Gehülfen, und dies meint v. Buri offenbar, wenn er bald sagt, der animo adjutoris für das Verbrechen thätig Gewordene werde im Falle des Ausbleibens des Erfolges wegen Versuches des Verbrechens bestraft, bald, er werde wegen Versuches als Gehülfe gestraft:

Teilnahme (1860) S. 69:

> „Was den Versuch anlangt, so haben Urheberschaft sowohl wie Beihülfe jede ihr eignes selbständiges Gebiet und sind hierin unabhängig von einander . . . . . Derjenige, welcher, ehe der Urheber thätig wird, eine beihelfende Thätigkeit äußert, hat das Gebiet der Strafbarkeit früher beschritten als der Urheber, und wenn dieser seine beabsichtigte Thätigkeit unterläßt, so bleibt er straflos, der Gehülfe aber ist wegen Versuchs strafbar."

Abhandlungen (1862) S. 133 sub 3.

Goltdammer's Archiv XVII. S. 305:

> „Der Gehülfe haftet, nicht gerade weil er den Urheber unterstützt, sondern weil er mit der auf Herbeiführung des Erfolges gerichteten selbständig verbrecherischen Absicht für den Eintritt desselben wirksam geworden ist. Darum erscheint er strafbar, wenn auch der Urheber eine Thätigkeit für den Erfolg nicht unternommen hat, dergestalt, daß, wenn sich der Erfolg nicht ergiebt, ihm nur Versuch der Beihülfe zur Last fällt, wenn aber der Erfolg eintritt, ihm derselbe zur vollendeten Beihülfe zugerechnet wird. Versuch der Beihülfe liegt auch dann vor, wenn der Urheber zwar gleichfalls thätig gewesen, der Erfolg aber dennoch nicht zum Eintritt gekommen ist."

[76]) Daß dies überhaupt denkbar ist, beweist wiederum gegen den Satz, daß jede Bedingung eines Erfolges den ganzen Erfolg verursache.

Digitized by Google

Kausalität (1873) S. 128, 129 (vgl. auch S. 119, 124):

„Da der Gehülfe seine Kausalität zur Mitwirkung für den von ihm, wenn auch nur eventuell, gewollten Erfolg bestimmt, so liegt auch ... sofort nach Vornahme seiner Thätigkeit ein strafbarer Versuch, den Erfolg eventuell herbeizuführen, für ihn vor. Ob nunmehr der Urheber — den er etwa nur irrig unterstellt hatte — gleichfalls mit seiner Thätigkeit das Gebiet des Versuchs betritt, ist hierfür gleichgültig ..... Versuchte Beihülfe — aber auch Beihülfe zum Versuche — ist allerdings, im Falle man sich ... an das Wort Beihülfe festhält, undenkbar. Aber nur darum, weil jede beihelfende Thätigkeit sofort einen Versuch des Verbrechens darstellt."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 269, 270.

Kausalität (1885) S. 67:

„Da nach dieser Auffassung auch der Anstifter und Gehülfe durch seine Mitwirksamkeit den verbrecherischen Erfolg verursachen will, so enthält die mißlungene Anstiftung und Beihülfe einen Versuch der Verursachung desselben, dessen Strafbarkeit nicht davon abhängig ist, daß auch dem Thäter wenigstens ein Versuch zur Last falle."

Vgl. endlich noch oben unsere Note 37.

Jede Teilnahmehandlung zu einem Verbrechen macht darnach schon an sich wegen Versuches strafbar. Diese Strafbarkeit kann also nicht gesteigert werden, wenn der Teilnahmehandlung der Versuch des Verbrechens selbst nachgefolgt ist.

So in der That v. Buri, Teilnahme S. 57.

Ist freilich das Verbrechen selbst vollendet worden, so muß nun auch die Strafbarkeit der Teilnehmer aus einer Strafbarkeit wegen Versuchs zu einer Strafbarkeit wegen Vollendung werden, weil nunmehr der eingetretene Erfolg als ein unteilbarer jedem Mitwirkenden ganz zur Last fällt.

Vgl. v. Buri, Teilnahme S. 57, 69. S. auch unten Note 319 a.

§ 27.

In jedem Teilnehmer an einem verbrecherischen Erfolg sind selbständig die Requisite seiner Strafbarkeit, Verursachung und Verschuldung, gegeben. Daher müssen für ihn ohne Einfluß bleiben nicht nur alle Strafausschließungs-,[77]) sondern auch alle Schuldausschließungsgründe, die in der Person eines anderen Teilnehmers vorliegen; wie denn auch nichts im Wege steht, daß Unterschiede in dem Umfang der Schuld bei den einzelnen Teilnehmern an demselben Erfolg bestehen. Insbesondere:

[77]) S. von Vertretern der subjektiven Theorie schon Köstlin, System § 93 zu Note 8 ff., § 99 zu Note 6 ff. und insoweit mit ihm einverstanden v. Buri, Teilnahme S. 48 sub b.

Digitized by Google

1. bleibt die Strafbarkeit des Teilnehmers ganz dieselbe, ob er mit einem Zurechnungsfähigen oder Zurechnungsunfähigen zusammengewirkt hat. Nicht als ob letzterer als sein Mittel und Werkzeug erschiene, was v. Buri vielmehr als eine pure Fiktion und Verlegenheitsauskunft der objektiven Theorie bezeichnet. Sondern weil auch hier der Satz bestehen bleibt, daß die vom zurechnungsfähigen Teilnehmer gesetzte Bedingung den ganzen Erfolg verursacht hat. Man vgl.:

Teilnahme (1860) S. 29:

„Liegt der Grund der Haftbarkeit der intellektuellen Kräfte für den ganzen Erfolg darin, daß sie durch Hinleitung der physischen Kräfte zu dem Erfolg ein Bestandteil desselben geworden sind, so kann es nicht weiter auf die Beschaffenheit dieser physischen Kräfte ankommen, ob sie insonderheit eigene oder fremde waren und letzterenfalls, ob sie zurechnungsfähigen oder unzurechnungsfähigen Personen oder gar Tieren angehörten."

Kausalität (1873) S. 133:

wo die mißlungene Anstiftung eines Unzurechnungsfähigen als Versuch des Verbrechens selbst bezeichnet wird.

Gerichtssaal XXVIII. S. 203, 204:

Hier wird zunächst als die Ansicht H. Meyer's referiert: „Wer einen Unzurechnungsfähigen zu einem strafrechtlichen relevanten Thun bestimme, oder denselben in einem solchen unterstütze, mache sich dadurch nach Umständen der Selbstbegehung des Verbrechens schuldig." Und dann wird hiergegen bemerkt: „Der Unterschied zwischen einem unzurechnungsfähigen und einem zurechnungsfähigen Menschen besteht aber doch lediglich darin, daß der eine schuldfähig ist, der andere nicht. Ihre Kausalität hingegen ist ganz die nämliche. . . . . Freilich, wenn man einmal „die Beteiligung an dem Verbrechen eines Anderen" als ein des Beweises nicht bedürfendes Axiom hinstellt, so ist diese Verschiedenheit unleugbar, weil man sich natürlich an dem Verbrechen eines Unzurechnungsfähigen nicht beteiligen kann."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 275.

Kausalität (1885) S. 68; vgl. indessen auch S. 56 und dazu hier unten Note 201.

Eine kleine Modifikation erleidet diese Konsequenz wiederum hinsichtlich des Gehülfen eines Zurechnungsunfähigen. Bezüglich seiner erfordert die v. Buri'sche Auffassung eine Untersuchung, ob er die Zurechnungsfähigkeit des von ihm Unterstützten kannte oder nicht. Kannte er sie nicht, so trifft ihn die mildere Strafe der Beihülfe; kannte er sie, so trifft ihn die Strafe der Urheberschaft, weil er dann seinen Willen nicht in der vom Begriff der Beihülfe erforderten Weise vom Willen des Thäters abhängig machen konnte, sondern einen selbständigen Verbrechenswillen haben mußte.

Digitized by Google

Vgl. Teilnahme S. 30 unten, S. 68, S. 75 oben.
Abhandlungen (1862) S. 124 zu Note 6.
Kausalität (1873) S. 128:

> „Die Unterordnung eines beihelfenden Willen kann nur dann stattfinden, wenn auch wirklich ein verbrecherischer urheberischer Wille — wenigstens nach der Meinung des Gehülfen — existiert. Ist dies nicht der Fall, so weiß der Gehülfe, daß lediglich sein auf das Verbrechen gerichteter Wille der dasselbe bestimmende — also der herrschende ist..... Es giebt daher auch keine Beihülfe, wenn Jemand, sei es auch ohne eigenes Interesse,[74]) den Willen eines, wie ihm bekannt, Unzurechnungsfähigen ..... in Aussicht nimmt."

2. Es bleibt ferner konsequent die Strafbarkeit des Teilnehmers auch dann bestehen, wenn der mit ihm Zusammenwirkende straflos ausgeht, weil für ihn das Moment der Rechtswidrigkeit des Geschehenen fehlt.

So habe ich schon in meinem „Ursachenbegriff" S. 51 Note 80 gezeigt, wie v. Buri's Kausalbegriff dazu führt, jeden Teilnehmer an einem Selbstmord, vorausgesetzt nur, daß er dolo oder culpa gehandelt hat, wegen Mordes oder Totschlages zu strafen. Ich verweise auf meine dortigen Ausführungen. Eine Bestätigung finden dieselben in folgendem allgemeinen Ausspruch v. Buri's (Teilnahme S. 40):

> „Wenn Jemand einen Anderen zu einer That anstiftet, welche zwar in Hinsicht des Angestifteten nicht als Verbrechen erscheint, wohl aber in Hinsicht des Anstifters, so ist der eingetretene Erfolg das Produkt der intellektuellen Kräfte des Anstifters und fremder Körperkräfte, welche von ihm in Bewegung gesetzt worden sind. Es kann deshalb, gestützt auf den schon mehrfach erwähnten Grundsatz, daß jeder den ganzen Erfolg zu verantworten hat, dessen Thätigkeit ein Bestandteil des Erfolges geworden ist, nicht anders entschieden werden, als daß der Anstifter für den Erfolg verhaftet erscheint."

Ja, wenn wir v. Buri bei den Konsequenzen seiner Theorie festhalten wollten, so müßten wir auch den Selbstmörder selber strafen; denn er fährt nach den eben referierten Worten fort:

> „da aber hiernach ein verbrecherischer Erfolg vorliegt, so hat auch der Angestiftete denselben zu verantworten."

Vgl. auch noch:

Goltdammer's Archiv XVII. S. 239, wo v. Buri dem Ausspruche Glaser's zustimmt, „daß es gleichgültig sei, ob Jemand die Ergänzung seiner eigenen verbrecherischen Thätigkeit von der verbrecherischen Thätigkeit eines Anderen, oder von einer nicht verbrecherischen Thätigkeit erwarte."
Kausalität (1873) S. 120.

In diesen Zusammenhang gehört auch die sowohl von v. Buri als von Janka ausdrücklich gezogene Konsequenz ihrer Theorie, daß der

[74]) Vgl. oben § 18.

Digitized by Google

freiwillige Rücktritt des Thäters vom Versuch (und zwar schlechthin, d. h. selbst dann, wenn man ihn als Schuldausschließungsgrund auffassen würde,) den Teilnehmer noch nicht straflos machen kann.

Vgl. v. Buri, Teilnahme S. 59 ff., S. 70 ff.

S. 70: „Sieht man aber die Thätigkeit des Gehülfen als eine an und für sich strafbare an, so wird der freiwillige Rücktritt des Urhebers vom Versuche nicht auch zugleich die Strafslosigkeit des Gehülfen nach sich ziehen, vielmehr hierzu auch ein freiwilliger Rücktritt von Seiten des Gehülfen erforderlich sein."

Kausalität (1873) S. 124 (oben Note 70); S. 129:

Hier wird gegen Geyer (in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 401) bemerkt:

„Auffallen muß die Ansicht Geyer's, daß durch den Rücktritt des Thäters vom Versuche die geleistete Beihülfe nicht straflos werde. Denn wenn der Gehülfe erst durch den Versuch des Thäters strafbar werden kann, so sollte seine Strafslosigkeit selbstverständlich sein, im Falle dieser Versuch durch Rücktritt des Thäters wieder beseitigt wird. Richtig ist zwar diese Ansicht, ihre Begründung aber findet sie lediglich in der selbständigen Strafbarkeit der beihelfenden Thätigkeit."

Gerichtssaal XXVIII. S. 202:

„In Betreff des Rücktritts von der stattgefundenen intellektuellen Äußerung des Willens muß selbstverständlich ganz das nämliche gelten, wie von dem strafbefreienden Rücktritt von dem Versuche des physischen Urhebers, insoferne man eben die intellektuelle Wirksamkeit der nämlichen Beurteilung unterzieht wie die physische. Nur dann erklärt es sich, daß der freiwillige Rücktritt des Angestifteten den Anstifter und Gehülfen unberührt läßt. Betrachtet man hiegegen die Anstiftung (und Beihülfe) lediglich als Appendix der physischen Urheberschaft, so kann der Rücktritt des Anstifters allein denselben nicht straflos machen, und der alleinige Rücktritt des Angestifteten muß auch Strafslosigkeit für den Anstifter nach sich ziehen, sollte selbst dieser Rücktritt gegen dessen Willen stattgefunden haben."

Zeitsch. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 271 (gegen Hälschner, deutsches Strafrecht I. S. 390):

„Die Meinung Hälschner's, daß der Rücktritt des Urhebers vom Versuche die Strafslosigkeit der versuchten Beihülfe nicht nach sich ziehen könne, ist unvereinbar mit der Behauptung, die Beihülfe sei nur ein Akzessorium der Urheberschaft, wohl aber eine zutreffende Konsequenz der Ansicht, daß auch der Gehülfe das Verbrechen begehen will und verursacht."

S. noch ebenda S. 276 oben.

Janka, Österr. Strafr. § 69 sub VI.; § 70 sub V.

3. Es bemißt sich endlich der Umfang der Schuld eines jeden Teilnehmers nur nach seinem eigenen subjektiven Verhalten ohne Rücksicht auf den Umfang der Schuld der übrigen.

Digitized by Google

Vgl. v. Buri, Teilnahme S. 52:

„Es kommt auch hier . . . der einfache Grundsatz zur Anwendung, daß jeder insoweit für den eingetretenen dolosen oder kulposen Erfolg einsteht, als sich seine Thätigkeit in demselben objektiviert hat, und er denselben voraussah, oder doch hätte voraussehen können."

Darnach bemißt sich insbesondere die Frage der Verantwortlichkeit des einen Teilnehmers für einen error in objecto oder einen Exzeß eines anderen Teilnehmers. Man vgl. aus den Schriften v. Buri's:

für die Frage des Exzesses:

Teilnahme S. 53 sub β.:

„Begeht der Angestiftete zwar das ihm angesonnene Verbrechen, allein in einem höheren als dem ihm aufgetragenen Grade, so fragt es sich gleichfalls wieder, ob der Anstifter dies als Folge seiner Thätigkeit voraussah oder doch hätte voraussehen können, denn alsdann wird ihm auch dieser höhere Grad des Verbrechens zum Vorsatz resp. Fahrlässigkeit zugerechnet, sonst haftet er dafür nicht. Jedenfalls aber steht er insoweit für den Erfolg ein, als das angesonnene Verbrechen seinem Thatbestande nach einen Bestandteil desselben bildet, also etwa für Diebstahl, wenn der Angestiftete statt des angesonnenen Diebstahls einen Raub beging."

Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 275 unten:

„Die Frage des Exzesses des Angestifteten muß für den Anstifter ganz in der nämlichen Weise beantwortet werden, wie überhaupt die Frage, unter welchen Voraussetzungen man für die Mitwirksamkeit fremder zu den eigenen hinzutretenden Kräfte einzustehen habe."

für die Frage des error in objecto:

Gerichtssaal XXVIII. S. 202, 203:

„In Betreff des error in objecto muß für den Anstifter das Nämliche gelten, wie für den physischen Urheber. Beide glauben irrtümlich, es werde durch ihre Wirksamkeit der Hans getroffen werden, während in Wirklichkeit Kunz getroffen wird. Nimmt man freilich an, der physische Urheber habe wirklich das getroffene Objekt, obgleich er sich bezüglich dessen Identität bei der Ausführung der That geirrt hatte, treffen wollen, so könnte allerdings behauptet werden, das vom Anstifter gewollte Objekt sei nicht getroffen worden, weil ihm selbst der Irrtum nicht passirt sei, und er hafte darum nur für Versuch — oder vielmehr, er müsse ganz freigesprochen werden, weil in Ansehung des von ihm gemeinten Objekts eine Verschuldung des physischen Urhebers nicht vorliege, ein Anfang der Ausführung der That in objektivem Sinne nicht stattgefunden habe. Das Lehrbuch (von H. Meyer) ist hier der Ansicht, da die Anstiftung eine Beteiligung an einem fremden Verbrechen sei, so müsse die Beteiligung auch dann angenommen werden, wenn sich der physische Urheber in einem error in objecto befunden habe. Es fehlt aber die Begründung, daß in solchem Falle überhaupt von einer strafbaren Anstiftung die Rede sein könne, da doch

Digitized by Google

die Anstiftung, wenn auch allerdings den Willen, doch nicht die gemeinte That zu Wege gebracht hat."

Aus der Selbständigkeit der Verschuldung eines jeden Teilnehmers aber erklärt es sich auch — und kann nach v. Buri's Ansicht nur von diesem Standpunkt aus erklärt werden —, daß möglicherweise der eine Teilnehmer wegen Mordes, der andre wegen Totschlages aus der gemeinsam verübten Tötung haftet.

Kausalität (1873) S. 130 (gegen Geyer):

„Daß der Gehülfe nach der Beschaffenheit seiner eigenen Subjektivität in Ansehung des Erfolges zu beurteilen ist — daß er also wegen Mordes haften kann, wenn auch der Urheber nur als Totschläger erscheint — . . . . . läßt sich gleichfalls nur dann begreifen, wenn man an der in Hinsicht der Herbeiführung des Erfolges selbständigen Kausalität des Gehülfen festhält; und bleibt also von dem Standpunkt Geyer's aus unerklärlich."

Ebenda S. 133:

„Der Anstifter kann nach Geyer als Mörder, der Angestiftete nur als Totschläger gestraft werden. Aber wie ist es denn möglich, daß sich aus der Schuld des Angestifteten, die nur aus Affekt besteht, Vorbedacht auf den an und für sich ganz straflosen Anstifter ablagere? Richtig ist diese Ansicht — aber nur dann, wenn man die Thätigkeit des Anstifters in ihrem kausalen Verhältnis zu dem gewollten Erfolge betrachtet."

§ 28.

Da nach all dem Vorstehenden in der Thätigkeit so des Mitthäters, wie des Anstifters, wie des Gehülfen eine schon für sich allein, und selbst ohne jedes Zuthun des Thäters bezw. Mitthäters, strafbare Handlung, und sei es auch nur ein Versuch des Verbrechens gegeben ist, so müssen sich bei konsequenter Verfolgung dieser Anschauung auch die Fragen, wann und wo die Teilnahmehandlungen als strafbare Handlungen begangen seien, lediglich aus der Thätigkeit des Teilnehmers heraus beantworten. Einerlei also, wann und wo das Verbrechen selbst begangen worden ist, muß die Teilnahmehandlung dann und dort als strafbare verübt sein, wann und wo mit der entsprechenden Willensrichtung die Mitwirksamkeit zum Verbrechen entfaltet worden ist.

Diese Sätze enthalten in Wahrheit Nichts, was nicht implicite schon in der ganzen Konstruktion der Mitthäterschaft, Anstiftung und Beihülfe oben § 21, und in der Leugnung ihrer akzessorischen Natur oben § 22 enthalten wäre. Damit sind dann aber zugleich die nachstehenden Folgesätze anerkannt:

1. Soferne die Verjährung der Verbrechen überhaupt beginnt mit dem Moment, wo das Verbrechen begangen worden ist, müssen die Teil-

Digitized by Google

nahmehandlungen sämtlich zu verjähren beginnen schon mit dem Moment, wo der Mitthäter, der Anstifter, der Gehülfe ihre Mitwirksamkeit zum Verbrechen entfaltet haben, einerlei wann dieses Letztere selbst begangen worden ist; müßten sie ja auch dann verjähren, wenn wegen des Ausbleibens der erwarteten anderweiten Mitwirksamkeit das Verbrechen selbst überhaupt nicht zur Existenz kam.

Wenn v. Buri hier scheinbar andrer Ansicht ist,

> vgl. Teilnahme S. 48 ff. sub d: „Solange die verbrecherischen Wirkungen einer Handlung dauern, kann die Verjährung derselben nicht beginnen. . . . . Ist hiernach zwischen der Anstiftung und der That des physischen Urhebers eine noch so lange Zeit abgelaufen, es muß aber angenommen werden, daß der physische Urheber immer noch unter dem Einfluß der intellektuellen Thätigkeit die Ausführung der That unternommen hat, so war auch für die Zwischenzeit der Lauf der Verjährung für den intellektuellen Urheber gehemmt, und sie beginnt für ihn erst mit demselben Zeitpunkt, von welchem an sie auch für den physischen Urheber läuft,"

so erklärt sich dies eben einfach daraus, daß v. Buri de lege ferenda davon ausgeht, die Verjährung eines Verbrechens dürfe nicht schon vom Abschluß der verbrecherischen Thätigkeit, sondern erst vom Eintritt des Erfolges an beginnen. De lege lata, auf Grund des § 67 Abs. 4 R.-St.-G.-B. muß er in Konsequenz seiner Teilnahmetheorie die eben entwickelte Ansicht vertreten, wie er dies denn auch wirklich neuerdings in der „Kausalität" (1885) S. 20 thut.

2. Für die Frage, ob nach § 2 Abs. 1 R.-St.-G.-B. eine konkrete Teilnahmehandlung überhaupt mit Strafe belegt werden kann? und für die weitere Frage, welches von mehreren aufeinander folgenden Strafgesetzen nach § 2 Abs. 2 daselbst auf jene Teilnahmehandlung anwendbar sei? ist der Moment der Begehung des Verbrechens selbst völlig gleichgültig. Für die beiden Fragen ist vielmehr entscheidend lediglich der Zeitpunkt der Begehung der betreffenden Teilnahmehandlung, so daß also, wenn zur Zeit ihrer Begehung die Teilnahmehandlung gesetzlich strafbar war, sie strafbar bleibt, auch wenn das Verbrechen selbst zur Zeit seiner Begehung nicht mit Strafe bedroht ist; so daß ferner, wenn die Teilnahmehandlung zur Zeit ihrer Begehung nicht als strafbar erscheint, sie auch nicht strafbar wird, wenn zur Zeit der Begehung des Verbrechens selbst dieses strafbar ist; so daß endlich, wenn zur Zeit der Vornahme der Teilnahmehandlung ein milderes Strafgesetz für sie galt, als zur Zeit der Begehung des Verbrechens selbst, das mildere Gesetz auf sie zur Anwendung kommt und umgekehrt das zur Zeit ihrer

Digitized by Google

Begehung geltende strengere Gesetz anwendbar bleibt, wenn auch die Begehung des Verbrechens selbst unter die Herrschaft eines milderen Strafgesetzes fällt.

3. Für die Anwendung des § 4 R.-Str.-G.-B. ist die faktisch im Ausland verübte Teilnahmehandlung auch juristisch im Ausland als selbständiges Verbrechen oder Vergehen begangen, mag auch dasjenige Verbrechen, zu welchem der Teilnehmer mitzuwirken beabsichtigte, im Inland begangen worden sein; und vice versa.

4. Forum delicti commissi für die Teilnahmehandlung ist nach § 7 der R.-Str.-Pr.-O. dasjenige Gericht, in dessen Bezirk die betreffende Mitwirksamkeit gesetzt wurde, mag auch das Verbrechen selbst in einem ganz anderen Gerichtsbezirk begangen worden sein — wobei jedoch § 13 daselbst zu beachten ist.

5. Die Frage, ob für die Teilnahmehandlung, weil sie im Inland begangen wurde, das forum delicti commissi nach § 7, resp. das forum domicilii nach § 8, oder ob für sie, weil sie im Ausland begangen wurde und ein Gerichtsstand nach § 8 nicht begründet ist, das forum deprehensionis nach § 9 R.-Str.-Pr.-O. gegeben sei? die Frage endlich, ob die Teilnahmehandlung im Sinne des § 10 daselbst auf einem deutschen Schiffe im Auslande oder in offener See begangen sei? beantwortet sich völlig nach den sub 3 angedeuteten Gesichtspunkten.

v. Buri und Janka scheinen diese detaillierten Konsequenzen ihrer Theorie nicht gezogen zu haben; es sind mir wenigstens Belegstellen aus ihren Schriften nicht zur Hand. Jedoch sind solche ausdrückliche Aussprüche ihrerseits auch durchaus nicht nötig, weil wie gesagt alle diese Konsequenzen bereits in ihren Sätzen oben §§ 21, 22 mit enthalten sind.

Jedoch ist dem Gesagten noch Folgendes beizufügen: Es ist bekanntlich bestritten, ob unter „Handlung" im kriminalistischen Sinne nur die gewollte Thätigkeit selbst zu verstehen oder auch ihr nächster äußerer Erfolg mit begriffen sei. Je darnach gehört also zur Begehung der Handlung entweder nur die betreffende Körperthätigkeit oder auch ihr Erfolg. Da nun nach der subjektiven Teilnahmetheorie das Verbrechen sich zu jeder Mitwirksamkeit an demselben verhält, wie der Erfolg zur Ursache, so wird man, wenn man im Begriff der Handlung den Erfolg der Thätigkeit mit eingeschlossen findet,[79],[80]) zu dem Resultat gelangen,

[79]) Ob man hiezu berechtigt sei, halte ich mit v. Liszt, Lehrbuch § 29 sub IV. (der 2. Aufl., in der 3. findet sich dieser Passus nicht mehr) wesentlich für eine Frage des positiven Rechts, auf welche ich daher erst später näher einzugehen haben werde: s. unten zu Note 335.

[80]) v. Buri erklärt in seiner „Kausalität" (1885) S. 85 ausdrücklich, daß er in

Digitized by Google

daß Zeit und Ort der Begehung der Teilnahmehandlung sich ausdehnen von dem Setzen der Mitwirksamkeit bis zum Existentwerden des Verbrechens. Soferne also der Teilnahmehandlung das Verbrechen selbst wirklich gefolgt ist, wird man dann zu sagen haben, die Teilnahmehandlung sei begangen worden sowohl an dem Ort und zu der Zeit, wo die mitwirkende Thätigkeit entfaltet wurde, als auch an dem Ort und zu der Zeit, wo der Verbrechenserfolg eintrat. Hiernach würde sich also das oben sub 2 bis 5 Gesagte modifizieren. Das sub 1 Gesagte dagegen bliebe auch für diesen Fall, wenigstens nach positivem Recht, unverändert bestehen, weil hier der § 67 Abs. 4 R.-St.-G.-B. die Einrechnung des Erfolgs in die Begehung der Handlung ausdrücklich verbietet.

§ 29.

Ist jede Teilnahmehandlung schon für sich allein betrachtet eine selbständig strafbare Handlung, so ergeben sich weiter folgende Konsequenzen für die Lehre von der Verbrechenskonkurrenz[81]):

1. Wenn dieselbe Person eine mehrfache Mitwirksamkeit für den nämlichen verbrecherischen Erfolg entfaltet, etwa durch Anstiftung und durch Mitthäterschaft, oder durch Unterstützung mittels Rat und That,[82]) dann macht sie sich mehrerer unter sich reell konkurrierender Verbrechen schuldig. Denn jede Teilnahmehandlung ist eine selbständige, schon für sich allein strafbare Handlung. Dasselbe muß auch dann gelten, wenn die mehreren Teilnahmehandlungen zwar zu mehreren Thäterhandlungen begangen worden, diese letzteren aber juristisch als Ein Verbrechen, z. B. als sog. fortgesetztes Verbrechen, aufzufassen sind.

2. Wenn Jemand eine einzige Mitwirksamkeit zu mehreren selbständig zu strafenden Verbrechen entfaltet, etwa Eine Anstiftung zu einer Mehrheit real konkurrierender Diebstähle, so liegt eine Verbrechenskonkurrenz auf seiner Seite entweder überhaupt nicht vor, oder aber, falls man die mehreren Diebstähle, als mehrere von ihm erzielte Verbrechens-

---

der Handlung eine Körperbewegung sehe, welche von ihrer Wirkung wohl geschieden werden müsse. v. Buri müßte also die oben sub 2—5 gezogenen Konsequenzen rein annehmen.

[81]) Wobei hier die herrschende Lehre von der Konkurrenz zu Grunde gelegt wird, welche Ideal- und Realkonkurrenz unterscheidet, je nachdem durch eine Handlung oder eine Mehrheit von Handlungen eine Mehrheit von Verbrechen begangen worden ist.

[82]) Daß Jemand zugleich als Mitthäter oder Anstifter und als Gehülfe zu dem nämlichen Verbrechen in Betracht kommen könnte, ist nach der subjektiven Teilnahmetheorie um deswillen unmöglich, weil Niemand zugleich animo auctoris und animo adjutoris zu dem nämlichen Verbrechen mitwirken kann: vgl. v. Buri, Teilnahme (1860) S. 13.

Digitized by Google

erfolge, dem Anstifter als auch in seiner Person konkurrierende Verbrechen zurechnen will, jedenfalls nur eine ideale Konkurrenz.

Janka äußert sich soviel ich sehe über diese Fragen nicht. Bei v. Buri aber spielt bei ihrer Beantwortung außer seiner Teilnahmetheorie auch seine eigentümliche Anschauung über die Verbrechenskonkurrenz herein. Ihm kommt es für dieselbe bei den Erfolgsdelikten „überhaupt nicht auf die Handlung selbst, sondern auf die Wirkungen der Handlung" an.[83]) Darnach liegt Realkonkurrenz vor, sobald, sei es durch eine oder durch mehrere Handlungen, mehrere verbrecherische Wirksamkeiten hergestellt worden sind;[84]) während bei Hervorbringung nur Eines verbrecherischen Erfolges, sei es auch durch mehrere Handlungen, eine Verbrechenskonkurrenz überhaupt nicht, sondern allenfalls Gesetzeskonkurrenz begründet erscheint.[85]) Bei den formalen Delikten hinwiederum, wo ein „Erfolg" (im Sinne einer Veränderung in der Körperwelt) nicht gegeben ist, ist die Strafbarkeit in der Handlung begründet. Folglich bei nur Einer Handlung auch nur Eine Strafbarkeit, sollten selbst mehrere Rechtsverletzungen vorliegen; es handelt sich dann abermals lediglich um Gesetzeskonkurrenz.[86]) Verbrechenskonkurrenz ist bei formalen Delikten bedingt durch eine Mehrheit von Handlungen;[86]) das ist aber dann Real- nicht Idealkonkurrenz. Eine Idealkonkurrenz giebt es demnach überhaupt nicht, sondern die Fälle, wo man sie annehmen wollte, sind entweder Fälle der Real- oder der Gesetzeskonkurrenz.[87])

Von dieser Grundlage aus würde v. Buri in unseren Fällen ad 1 und 2 de lege ferenda zu dem Resultate kommen müssen

ad 1. daß hier nur Gesetzeskonkurrenz gegeben sei. Denn das verübte Hauptverbrechen ist entweder ein Erfolgsdelikt: dann liegt nur Ein Erfolg der mehreren Teilnahmethätigkeiten vor; oder es ist ein Formaldelikt: dann ist durch die mehreren Thätigkeiten nur Eine Rechtsverletzung hervorgebracht worden;

ad 2. daß hier Realkonkurrenz vorliegt, wenn die Eine Teilnahmehandlung verschiedene Erfolgsdelikte erzeugt hat; dagegen Gesetzeskonkurrenz,

---

[83]) Abhandlungen (1862) S. 112; Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1879) S. 1 ff.; Gerichtssaal XXXV. (1883) S. 517 ff. („zur Konkurrenzfrage"); Kausalität (1885) S. 81 ff.

[84]) Kausalität lc. S. 81; Einheit und Mehrheit S. 3, S. 51 ff., S. 120, 121.

[85]) Gerichtssaal XXXV. S. 519.

[86]) Kausalität lc. S. 82.

[87]) Kausalität (1873) S. 53; Gerichtssaal XXXV. S. 521; Kausalität (1885) S. 82, 88. Vgl. jedoch auch Einheit und Mehrheit S. 3 vv.: „Nur insofern könnte von einer ideellen Konkurrenz geredet werden, als sich die nämliche untrennbare rechtsverletzende Kausalität unter mehrere Paragraphe des Strafgesetzbuchs subsumieren läßt."

Digitized by Google

wenn die mehreren durch sie hervorgerufenen Verbrechen formale Delikte sind.

So denn auch

v. Buri, Einheit und Mehrheit S. 103 sub 6.

De lege lata freilich könnte v. Buri dieses Resultat nicht halten. Die §§ 73, 74 R.-St.-G.-B. legen das entscheidende Gewicht zu offensichtlich auf die Einheit oder Mehrheit der Handlung, ohne irgend welchen Unterschied zwischen Erfolgs- und Formaldelikten dabei zu statuieren, als daß v. Buri's Auffassung der Verbrechenskonkurrenz sich damit in Einklang bringen ließe. Wohl hat er noch im Gerichtssaal (1883) S. 521 (vgl. schon früher Einheit und Mehrheit S. 106 ff.) die Frage aufgeworfen:

> „Oder sollten nicht vielleicht sogar die §§ 73, 74 St.-G.-B. eine andere als die seither üblich gewesene Auslegung zulassen?"

und hatte in der That den Versuch einer Auslegung im Sinn seiner Auffassung unternommen. In seiner Kausalität (1885) aber erklärt er nunmehr (S. 108/109) diesen Auslegungsversuch selbst als unstatthaft. Sobald er jedoch zugiebt, daß wir durch das Gesetz genötigt sind (wenn wir es nicht schon an sich für das Richtige halten), das Hauptgewicht in der Konkurrenzlehre auf die Einheit oder Mehrheit der Handlung zu legen, führt v. Buri's Auffassung von der strafrechtlichen Selbständigkeit aller Teilnahmehandlungen ganz von selbst und unvermeidlich zu den oben ad 1 und 2 gezogenen Konsequenzen. Und bezüglich der ad 2 gezogenen bestätigt uns dies v. Buri selbst. Denn wir lesen:

Gerichtssaal XXXV. (1883) S. 521:

> „Die Auffassung der Anstiftung mehrerer Personen zu mehreren Verbrechen durch die nämliche Handlung . . . . . als Realkonkurrenz kann nur gerechtfertigt erscheinen, wenn man die Bestrafung aus der Mehrheit der Wirkungen der Einen Handlung, nicht jedoch, wenn man sie in Übereinstimmung mit § 73 St.-G.-B. aus der Einheit der Handlung herleitet."

Kausalität (1885) S. 109:

> „Ist das nun aber einmal die Bedeutung des § 73 St.-G.-B., so muß auch die Praxis an derselben festhalten, und darf nicht die Anstiftung mehrerer Personen zu mehreren Verbrechen durch die nämliche Äußerung als eine Realkonkurrenz betrachten."

Bezüglich der ad 1 gezogenen Konsequenz äußert sich v. Buri soviel ich sehe nur in der oben in Note 82 angedeuteten negativen Richtung. Im Übrigen müßte er sie Angesichts des § 74 R.-St.-G.-B. auf Grund seiner Teilnahmetheorie sicher als richtig anerkennen.[88])

[88]) Nur mit einer Modifikation bezüglich des fortgesetzten Verbrechens. Denn

Digitized by Google

§ 30.

Eine letzte Konsequenz der subjektiven Teilnahmetheorie lassen wir wiederum v. Buri (in der Zeitschr. f. d. ges. St.-R.-W. II. S. 294, 295) mit eigenen Worten ziehen:

> „Wenn die bloße Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht, so kann in dieser Weise
>
> (a) auch derjenige einen Erfolg herbeiführen, welcher ihn als ein allein Handelnder nicht hätte verursachen können. Durch intellektuelle oder physische Mitwirksamkeit, gleichviel von welcher Beschaffenheit, dafür, daß eine Frau genotzüchtigt würde, kann auch eine Frau sich dieses Verbrechens schuldig machen. Nicht weniger hat der Nichtbeamte für ein unter seiner Mitwirkung ausgeführtes Amtsdelikt einzustehen, denn er hat es durch dieselbe verursacht, daß der Beamte durch seine Mitwirksamkeit das Delikt verursachte, dasselbe also als Amtsdelikt zur Existenz gelangte. So verhält es sich auch bei den Fleischesverbrechen, und wenn
>
> (b) ein Erfolg verursacht worden ist, welchen jeder Mitwirkende auch als Alleinthäter hätte verursachen können, der jedoch verschieden qualifiziert ist, je nachdem die Person des einen oder des andern Mitwirkenden in Betracht gezogen wird, so ist die Beurteilung die nämliche. Wer zu einem Kindesmord mitwirkt, der hat es verursacht, daß ein uneheliches neugeborenes Kind von seiner Mutter getötet wurde. Aber er hat es auch verursacht, daß das Kind von einem Fremden, nämlich ihm selbst, getötet wurde. Das Kind ist jedoch, wenn auch die Ursachlichkeit auf jeden Mitwirkenden ganz zurückgeführt werden muß, nur einmal getötet worden, und es erscheint darum selbstverständlich (?), daß bei der Bestrafung die schwerste Beziehung zur Anwendung zu kommen hat, also die Tötung des Kindes durch den Fremden. Aber auch die Mutter würde für gemeinen Mord einzustehen haben, weil sie es durch ihre Mitwirksamkeit verursacht hat, daß ihr Kind durch einen Fremden getötet wurde. Ebenso haftet der Fremde, unter dessen Mitwirksamkeit der Vater von seinem Sohne getötet wurde, für Vatermord."

Es handelt sich also um die schwierige Frage des Einflusses persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Beurteilung der Teilnahme. Allein die Beantwortung, welche diese Frage im Vorstehenden von v. Buri gefunden hat, dürfte nach seiner eigenen Teilnahmetheorie jedenfalls nicht völlig richtig sein. Zunächst wäre man sogar geneigt, schlechtweg die entgegengesetzten Konsequenzen zu ziehen. Man könnte argumentieren: Da jeder Teilnehmer objektiv und subjektiv als Thäter

---

dieses leugnet v. Buri überhaupt: Abhandlungen (1862) S. 94 ff.; Kausalität (1873) S. 54 ff.; Einheit und Mehrheit S. 11 ff.; Gerichtssaal XXXV. (1883) S. 525 ff.; Kausalität (1885) S. 96 ff. Mehrere Teilnahmehandlungen also verübt zu mehreren Einzelakten eines sog. fortgesetzten Verbrechens würden ihm real konkurrierende Teilnahmehandlungen je zu den einzelnen Verbrechen sein, aus welchen sich die von ihm geleugnete Einheit des fortgesetzten Verbrechens bildet.

Digitized by Google

des Verbrechens erscheint und als solcher selbständig, d. h. ohne Rücksicht auf das Dasein eines strafbaren anderweiten Urhebers, strafbar ist, so können auch nur seine eigenen persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse für die Beurteilung seiner That von Einfluß sein, so kann er insbesondere auch nur solche Verbrechen als Teilnehmer begehen, die er auch als alleiniger Thäter begehen konnte.[89]) Bei dieser Argumentation wäre jedoch vergessen, daß wir uns auf dem Boden einer Kausaltheorie befinden, welche einerseits den Satz vertritt: Jede Bedingung eines Erfolges ist zugleich Ursache des ganzen Erfolges; andererseits aber in diesem Satz nur eine andere Wendung erblickt des Axioms: Ursache ist stets nur die Gesamtheit der Bedingungen eines Erfolges, und welche die Brücke zwischen diesen scheinbar unvereinbaren Sätzen sehen will in der Einheitlichkeit und Unteilbarkeit des Erfolges.[90]) Diese Duplizität der Grundlage der subjektiven Teilnahmetheorie führt natürlich auch zu einer Duplizität ihrer Konsequenzen, die jedoch v. Buri so wenig wie jene als eine Gedoppeltheit, vielmehr nur als einen verschiedenen Ausdruck desselben Gedankens kann gelten lassen. Ausgehend von der einzelnen Bedingung des Erfolges und ihrer Ursachlichkeit gelangen wir zur Leugnung des akzessorischen Charakters der Teilnahme und damit zu der eben versuchten Argumentation hinsichtlich des Einflusses der persönlichen Verhältnisse. Ausgehend dagegen von der Einheit des Erfolges gegenüber allen seinen Bedingungen haben wir zu argumentieren: der verbrecherische Erfolg, in welchem sich irgendwelche persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse eines der für ihn mitwirksam Gewesenen objektiviert haben, ist von jedem Mitwirkenden so wie er vorliegt ganz, also auch mit Einschluß jener objektivierten persönlichen Momente, verursacht, und zu verantworten, auch wenn ihm selbst jene persönlichen Momente fehlten, vorausgesetzt nur, daß er in diesem letzteren Falle sie kannte. Und auf diesem Wege sehen wir denn auch an anderen Orten v. Buri zu den oben vorausgeschickten Resultaten gelangen.[91])

---

[89]) So denn auch in der That — bei Gelegenheit der Zurückweisung der aus der akzessorischen Natur der Beihülfe gezogenen gegenteiligen Konsequenz, daß der Gehülfe als „Trabant" des Urhebers auch für die qualitas aggravans des Urhebers leiden müsse —: Köstlin, System § 93 Anm. 4 S. 283 ff.

[90]) S. meinen Ursachenbegriff S. 13 ff. und hier oben zu Note 68.

[91]) An diesen verschiedenen Orten entscheidet v. Buri noch folgende weitere Beispiele außer den oben genannten wie nachsteht: 1. Wenn ein Familienglied mit einem Fremden zusammen einen Familiendiebstahl begeht, so sind Beide wegen gewöhnlichen Diebstahls und daher auch Beide ohne Antrag zu strafen. 2. Wenn ein Blinder einen Sehenden bei einer Urkundenfälschung unterstützt oder ihn zu einer solchen anstiftet, so kann auch er als Urheber der Urkundenfälschung bestraft werden. 3. Wenn Jemand ein Kind in Gemeinschaft mit den Eltern desselben aussetzt, so machen sich

Digitized by Google

Teilnahme (1860) S. 12 (ad b.):

„Die besonderen persönlichen Qualifikationen des einen Teilnehmers am Verbrechen können entweder solche sein, welche lediglich an seiner Person haften und mit dem Objekt des Verbrechens in keine Berührung kommen. Für diese Qualifikationen, zu welchen namentlich Jugend, Rückfall, sowie die allgemeinen Straferhöhungs- und Strafmilderungsgründe gehören, haften, *insoweit sie straferhöhend sind*, die übrigen Teilnehmer, sollten sie gleich bei Vornahme ihrer Thätigkeit Kenntnis davon gehabt haben, nicht, denn das Band, welches unter den verschiedenen Teilnehmern besteht, wird nicht durch die Einheit der Personen, *sondern durch die Einheit des Erfolges* hergestellt. Es verliert aber auch aus diesem Grunde der einzelne Teilnehmer durch das Zusammenhandeln mit Anderen seinen Anspruch auf diese Qualifikationen, *insoweit sie strafvermindernd sind*, nicht, sowenig als die übrigen Teilnehmer einen Anspruch aus diesen Qualifikationen für sich herleiten dürfen.

Die besonderen persönlichen Qualifikationen des einzelnen Teilnehmers können aber auch so beschaffen sein, *daß sie sich im Erfolge objektivieren*." Dann haften alle Teilnehmer für dieselben, „denn die betreffenden Qualifikationen sind ein Bestandteil des eingetretenen Erfolgs geworden, welchen sie, da sich ihre Thätigkeit im Erfolge vorfindet, in seinem ganzen Umfange zu verantworten haben."

Ebenda S. 15 (ad a.):

„Endlich wird es durch das Zusammenwirken verschiedener urheberischer Kräfte möglich, daß derjenige, welcher als alleiniger physischer Urheber das Verbrechen nicht hätte begehen können, ... weil er persönlich nicht in demjenigen rechtlichen Verhältnis zu dem Objekt des Verbrechens stand, welches das Gesetz zum Thatbestand desselben fordert, dennoch als physischer Urheber desselben gestraft werden muß . . . . . (s. d. W. u. z. intellektuellen Urheberschaft)".

Ebenda S. 38, 39, wo im unmittelbaren Anschluß an das S. 12 ff. Ausgeführte über das Verhältnis des intellektuellen und des physischen Urhebers zu einander gesagt wird:

„Wenn beide Urheber dieselbe Absicht haben, und der verbrecherische Erfolg ist dieser Absicht entsprechend zur Existenz gekommen, so haften sie natürlich beide auch in gleicher Weise für denselben, insofern er als das Resultat der Thätigkeit beider erscheint. Die gleichmäßige Haftbarkeit beider Urheber ist unter diesen Voraussetzungen namentlich auch dann begründet, wenn . . . . . die von dem physischen Urheber ausgeführte That für den intellektuellen Urheber, wenn er sie als alleiniger physischer Urheber begangen haben würde, nicht als Verbrechen erschienen wäre. Der intellektuelle Urheber muß auch hier gleich dem physischen Urheber bestraft werden, weil seine intellektuelle Thätigkeit

---

beide der qualifizierten Kindesaussetzung schuldig. (Noch weitere, heute unpraktische Beispiele lasse ich hier beiseite.)

Digitized by Google

ein Bestandteil des von ihm aus eigenem unmittelbaren Interesse beabsichtigten Erfolges geworden ist."

Endlich ebenda S. 72 ff., wo das Gesagte auch für die Beihülfe durchgeführt wird.

Ferner s. Abhandlungen (1862) S. 116 Note 1.

Kausalität (1873) S. 130, 134 oben.

Kausalität (1885) S. 67 ff.

Von diesem Standpunkt aus hat denn v. Buri auch ganz Recht, wenn er (Kausalität 1885 S. 68) gegen Janka Widerspruch erhebt, welcher im § 72 seines Österreichischen Strafrechts für die im Erfolg objektivierten persönlichen Momente die sämtlichen Teilnehmer nur dann haften lassen will, wenn jene Momente in der Person des Thäters vorlagen:

„Bei dem Thäter vorhanden wirken sie auf die übrigen Beteiligten: bei dem Anstifter oder Gehülfen vorhanden, sind sie wirkungslos."

Janka verfehlt sich durch diese Auszeichnung des Thäters vor den Teilnehmern gegen seinen eigenen Satz von der gleichen Ursachlichkeit jeder Mitwirksamkeit für den Erfolg, nach welcher alle Teilnehmer gleichmäßig als Urheber oder Ursacher erscheinen (ebenda § 67 sub III.; s. oben § 10 i. f.). v. Buri ist auch hier der konsequentere Vertreter seiner Theorie.

Unrichtig aber werden seine Resultate wie uns scheint selbst vom Standpunkt seiner Theorie aus dadurch, daß er einen falschen Begriff verbindet mit dem Sich-Objektivieren der persönlichen Momente im Erfolg. Nicht schon dann läßt sich u. E. behaupten, die persönlichen Qualifikationen hätten sich so, daß alle Teilnehmer dafür haften müssen, im Erfolg objektiviert, wenn sie „mit dem Objekt des Verbrechens in Berührung gekommen" sind (vgl. die Stelle oben nach Note 91). Sondern nur dann ist dies der Fall, wenn die besondere persönliche Eigenschaft des Mitwirkenden sich so im Erfolg abgelagert hat, daß dieser Erfolg bestehen bleibt, wenn wir ihn uns auch gänzlich losgelöst von seinen Ursachen betrachten. Erscheint uns dagegen der Erfolg als ein verbrecherischer überhaupt oder doch als ein besonders ausgezeichneter nur dann, wenn wir uns eine bestimmte Persönlichkeit als Ursacher vorstellen, so können wir auch nicht sagen, daß deren persönliche Eigenschaften sich im Erfolg objektiviert haben. Zwar also, um einige von v. Buri's Beispielen zu beleuchten, wenn der A. die B. genotzüchtigt hat, liegt schon rein objektiv betrachtet der Erfolg einer mit Gewalt zur Duldung des außerehelichen Beischlafes genötigten Frauensperson vor, sodaß Jeder, der für diesen Erfolg mitwirksam gewesen ist, ihn in Konsequenz der v. Buri'schen Kausaltheorie ganz zu verantworten hat, auch wenn die

Digitized by Google

Mitwirksamkeit von einer Frau ausging. Wenn dagegen der C. seinen Ascendenten D., oder wenn die uneheliche Mutter E. ihr Kind F. getötet hat, dann können wir von dem Erfolg eines Ascendententotschlags, einer Kindestötung im technischen Sinn nur reden, sofern wir uns den C. oder die E. als Ursache zu diesem Erfolg denken. Rein objektiv betrachtet liegt in beiden Fällen nur die Tötung eines Menschen überhaupt vor. Die persönlichen Eigenschaften, welche diesen Erfolg für den C., für die E. zu einem ausgezeichneten machen, sind also im Erfolg nicht objektiviert, und v. Buri's Teilnahmetheorie, richtig angewandt, führt also dazu, daß jene persönlichen Eigenschaften weder den mit C. für den Erfolg mitwirksam Gewesenen zum Nachteil, noch den mit der E. zum Erfolg Zusammenwirkenden zum Vorteil gereichen. In diesem Sinn hatte ich die hier in Frage stehende Meinung v. Buri's schon in meinem „Ursachenbegriff" S. 57 Note 87 bekämpft. Und so erklärt auch Janka a. a. O. § 72 sub II. den „Kindsmord" und die „Verwandtentötung" als ausgezeichnet strafbar nur Dem gegenüber, in dessen Person die auszeichnenden Momente gegeben sind.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Die positivrechtliche Gestaltung der Lehre von der Teilnahme.

Digitized by Google

Digitized by Google

Erster Titel.

Die Kausaltheorie des positiven Rechts und die daraus sich ergebende Teilnahmetheorie.

§ 31.

Unser geltendes Strafrecht geht von einer ganz anderen Kausaltheorie aus, als diejenige ist, auf welcher die subjektive Teilnahmetheorie ruht. Es zeigt in einer Reihe von Materien und Paragraphen, daß es nicht in jeder Bedingung eines Erfolges zugleich die Ursache dieses ganzen Erfolges erblickt; daß es von einer Einheit und Unteilbarkeit des Erfolges nichts weiß; daß es vielmehr unter den Bedingungen eines Erfolges bloße Bedingungen und die Ursache desselben unterscheidet und mit der Teilbarkeit des Erfolges rechnet. Ich habe dies in meiner Monographie über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht ausführlich nachgewiesen (vgl. insbesondere S. 16, 17 und die hiezu gehörigen Noten 81—87). Eine Widerlegung dieser Behauptung seitens der Verteidiger der v. Buri'schen Kausaltheorie ist nicht erfolgt. Auch v. Buri selbst hat in seiner „Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen", in der er meiner Monographie erwidert, eine solche Widerlegung nicht versucht. Er erklärt vielmehr S. 3/4, es sei unbegründet, daß er seine überdies bereits vor dem Erscheinen des Strafgesetzbuches entstandene Kausalitätstheorie mit dessen Kausalitätstheorie identifiziert hätte. Alle meine desfallsigen Entgegnungen seien daher unveranlaßt gewesen.

Ich habe dies nicht ohne Verwunderung gelesen. Zunächst wendet sich ja meine Monographie und jener mein Nachweis nicht gegen v. Buri allein,[92]) sondern gegen alle die zahlreichen Vertreter seiner Kausaltheorie und vor Allem gegen das Reichsgericht, dem gegenüber doch gewiß die Darlegung, daß seine Ursachentheorie gegen das Gesetz verstoße, veranlaßt

[92]) Obgleich er dies allerdings anzunehmen scheint, indem er nach Darlegung seines eigenen Standpunktes meine Monographie kurzweg als „die Polemik" bekämpft.

Digitized by Google

war.[93]) Sodann hat v. Buri bis zum Erscheinen meiner Monographie nirgends in seinen zahlreichen Schriften klar und bestimmt erklärt, daß seine Kausaltheorie mit allen ihren tief einschneidenden Konsequenzen vom deutschen Reichsstrafrecht reprobiert sei. Wer durfte bei diesem Schweigen vermuten, daß v. Buri, ein so hervorragender Praktiker und Mitglied des deutschen Reichsgerichts, welches selbst seine Kausaltheorie im positiven Recht begründet findet, in seinen mit dem Aufgebot aller Energie und alles Scharfsinnes gegenüber zahlreichen Schriftstellern des positiven Rechts verteidigten Sätzen lediglich abstrakte Lehrmeinungen zu vertreten, bloß de lege ferenda zu schreiben glaubte? Endlich aber hat v. Buri denn doch in der That seine Kausaltheorie wenigstens mittelbar, in ihren Konsequenzen, als diejenige des positiven Rechts vertreten. So hat er noch vor kurzer Zeit[94]) die subjektive Versuchstheorie des Reichsgerichts, wie sie in der bekannten Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880, also in Anwendung des geltenden Rechtes, so frappierend zu Tage getreten ist, gegen Geyer verteidigt; die subjektive Versuchstheorie aber steht, nach v. Buri selbst, in innigem Zusammenhang mit seiner Theorie von der Unteilbarkeit des Erfolges.[95]) So hat v. Buri ferner auch seine Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe, die vollständig auf seiner Kausaltheorie fußt, noch im Jahre 1873[96]) als mit den §§ 47, 49 R.-St.-G.-B. wenigstens vereinbar hingestellt und nur geäußert, daß „die Nichtverhinderung einer richtigen Behandlung der Teilnahme noch sicherer gestellt wäre, wenn § 47 in dem St.-G.-B. ganz fehlte."[97]) Erst wiederum auf meine Monographie hin, in seiner Kausalität 1885, hat v. Buri eingeräumt, daß die subjektive Teilnahmetheorie mit dem geltenden Strafrecht unverträglich sei (s. unten Note 100). Nach dem Allen ist mein Nachweis, daß die v. Buri'sche Kausaltheorie nicht die des geltenden Rechtes sei, auch ihm selbst gegenüber durchaus nicht unveranlaßt gewesen.

Wie dem aber auch sei, jedenfalls hat v. Buri nunmehr mit jeder nur wünschenswerten Bestimmtheit anerkannt, daß seine Kausaltheorie nicht die des positiven Rechtes sei, daß dieses vielmehr von der Teilbarkeit des Erfolges ausgehe.[98])

---

[93]) Vgl. auch meine Monographie Note 82 i. f.

[94]) Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. I. (1881) S. 185 ff.

[95]) Vgl. schon Abhandlungen (1862) S. 53 ff. und noch Kausalität (1885) S. 114 ff.

[96]) „Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Str.-G.-B." im Gerichtssaal XXV. S. 237 ff.

[97]) A. a. O. S. 255.

[98]) Man vgl. folgende Stellen in seiner „Kausalität" (1885): S. 42: „Daß nun aber die neuere Kausalitätstheorie mit ihren Konsequenzen von dem Strafgesetzbuch

Digitized by Google

§ 32.

Damit aber fehlt dann unserem positiven Recht auf der einen Seite die prinzipielle Grundlage für die Anerkennung der subjektiven Teilnahmetheorie[99]); andererseits aber ist damit die Möglichkeit einer objektiven Unterscheidung unter den Teilnehmern gegeben, und so — wenn wir anders mit unseren Ausführungen oben in § 3 Recht haben — das Reichsstrafrecht geradezu in die Notwendigkeit versetzt worden, wollte es nicht mit seinen eigenen wissenschaftlichen Grundlagen in Widerspruch geraten, die objektive Teilnahmetheorie zu adoptieren. Wir könnten also schon auf Grund des Nachweises, daß dem Reichsstrafrecht die Theorie von der Unteilbarkeit des Erfolges und von der Identifizierung von Bedingung und Ursache fremd sei, behaupten, daß dasselbe auf dem Boden der objektiven Teilnahmetheorie stehen müsse. Immerhin wäre dies lediglich ein Indizienbeweis, gestützt auf die Prämisse der wissenschaftlichen Konsequenz des Reichsstrafrechtes, und bliebe sonach die Möglich-

nicht anerkannt wird, ergiebt sich schon daraus, daß sie zur Zeit seiner Entstehung noch zu wenig in Geltung war, um von ihm berücksichtigt werden zu können. Hieran lassen auch seine vielfach in direktem Widerspruch mit ihr stehenden, nur aus der zu ihrer Zeit maßgebenden Theorie erklärbaren Vorschriften keinen Zweifel. Schon der nunmehr mit der Kausalität verbundene Begriff, daß sie als bloßes Ineinandergreifen von Thatsachen in jede Vergangenheit und Zukunft hineinreichen kann, steht mit der Auffassung des Strafgesetzbuchs nicht im Einklang. Anderenfalls hätte es unmöglich wiederholt den bloßen Kausalverlauf für das Maß der Strafbarkeit entscheidend sein lassen können" (vgl. hiezu meine Monographie Note 81); S. 44 unten: „die ihm (dem R.-Str.-G.-B.) zu Grunde liegende Theorie [scil. von der Mitthäterschaft] beruht jedoch auf der Meinung, daß nur im Falle einer unter den Mehreren bestandenen Willenseinheit jedem Einzelnen auch das von allen Übrigen Verursachte und sonach das Ganze zur Last gesetzt werden könne"; S. 48: „so muß daran festgehalten werden, daß dasselbe (das R.-Str.-G.-B.), wo nicht das Prinzip der Einheit des Erfolgs unzweifelhaft nachweisbar erscheint, auf dem Prinzip seiner Teilbarkeit beruht"; S. 55: „dem ihm (dem R.-Str.-G.-B.) zu Grunde liegenden Prinzip der Teilbarkeit des Erfolgs"; ähnlich S. 56, 57, 62 oben. — Diese Zugeständnisse v. Buri's bezüglich der lex lata genügen mir hier vollständig. Auf seine Verteidigung seiner Kausaltheorie de lege ferenda meiner Monographie gegenüber (Kausalität S. 2 ff.) brauche ich hier um so weniger näher einzugehen, als sie irgend erhebliche Momente zur Begründung seiner Theorie, die ich nicht schon in meinem „Ursachenbegriff" berücksichtigt hätte, nicht beibringt. Insbesondere war mir die, nunmehr von v. Buri reproduzierte, „eingehende Begründung" seiner Theorie im Gerichtssaal (1870) S. 1 ff. durchaus nicht entgangen. Allein sie enthält m. E. nichts weiter als ein konkretes Beispiel zu den vielen abstrakten Äußerungen v. Buri's, wie ich sie in Note 71 meiner Monographie zusammengestellt und bekämpft habe. Auch das was v. Buri gegen meine eigene Kausaltheorie in der Eile an Gründen noch zusammengerafft hat — meine Monographie ist ihm, wie er selbst sagt, erst nach Abschluß seiner Schrift zugegangen — bedarf einer Widerlegung hier entweder gar nicht, oder wird sie, soweit der Zweck dieser Arbeit es verlangt, im Laufe derselben noch finden. — Erwähnt sei endlich noch, daß auch der neueste Anhänger, den v. Buri für seine Kausalitätstheorie gewonnen: Landsberg in seinem mir soeben zugegangenen Buch über die Kommissivdelikte durch Unterlassung (Freiburg i. B. 1890), jene Theorie de lege lata zu vertreten nicht in der Lage zu sein scheint; vgl. S. 41 seines Buches.

[99]) S. v. Buri in Goltdammer's Archiv XVII. S. 234; oben S. 24.

Digitized by Google

keit, daß man uns die Richtigkeit dieser Prämisse bestritte. Wir müssen also für die objektive Teilnahmetheorie als diejenige unseres geltenden Rechtes, wenn wir die Teilnahmejudikatur des Reichsgerichts als dem Gesetze zuwiderlaufend darthun wollen, unmittelbaren Beweis führen. Und von dieser Beweislast vermag uns auch der Umstand nicht zu liberieren, daß wiederum v. Buri uns nunmehr zugesteht, daß das Reichsstrafgesetzbuch in seinen Bestimmungen über Teilnahme wesentlich auf dem Boden der objektiven Theorie stehe.[100]) Denn einmal ist es v. Buri, trotz der Autorität, die seine Ansichten im Schoße des Reichsgerichts genießen (s. meine Monographie zu Note 59 und hier unten Note 408), noch nicht gelungen, das Reichsgericht von der Gesetzwidrigkeit derjenigen Teilnahmetheorie zu überzeugen, zu welcher es von v. Buri's Kausaltheorie ausgehend konsequent gelangen mußte. Sodann aber wird v. Buri selbst unserem geltenden Recht auch nicht entfernt gerecht. Er ist nunmehr zwar zu der negativen Erkenntnis gelangt, daß weder seine Kausaltheorie noch seine Teilnahmetheorie vom Reichsstrafrecht anerkannt sind. Aber wie er demselben ganz irrtümlich imputiert, „daß die Kausalität und die Verantworlichkeit für dieselbe nach der dem Strafgesetz zu Grunde liegenden Theorie nicht unterschieden, beide vielmehr für gleichbedeutend gehalten werden,“[101]) so giebt er auch von der positivrechtlichen Teilnahmetheorie trotz vieler richtiger Bemerkungen im Ganzen nur ein Zerrbild und stellt die Sache so dar, als ob ein gesunder Sinn in den §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. überhaupt nicht auffindbar sei.[102])

[100]) S. die Äußerung bezüglich der Mitthäterschaft oben in Note 98 und unten ein Note 155, 172, 238, 242, 243; die Äußerung bezüglich der Anstiftung unten in Note 107, 199, 211, 213; die Äußerung bezüglich der Beihülfe unten zu Note 179, 181, 182; endlich die Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme nach positivem Recht unten in § 70 i. f., in Note 274 und in § 72.

[101]) Kausalität S. 44. Dieser Irrtum ist gerade seitens v. Buri's ganz unbegreiflich. Er räumt, wie wir in der Note 98 sahen, ein, daß der Umstand, daß in einer Anzahl von §§ das R.-Str.-G.-B. den bloßen Kausalverlauf ohne Rücksicht auf die Verschuldung für das Maß der Strafbarkeit entscheidend sein läßt, mit seiner Kausaltheorie unvereinbar sei; aber sieht er denn nicht ein, daß dieser Umstand ganz in demselben Grade unvereinbar ist mit derjenigen Kausaltheorie, welche Verursachung und Verschuldung identifiziert? (vgl. meine Monographie S. 6 mit Note 81 daselbst). Wenn denn aber unser Reichsstrafrecht weder Ursache und Schuld, noch Ursache und Bedingung identifiziert, noch endlich lediglich in der Gesamtheit aller Bedingungen eines Erfolges dessen Ursache sehen kann (s. meine Monographie Note 38 ff.), so muß es also irgend eine unter den Bedingungen des Erfolges als dessen Ursache auszeichnen (s. meine Monographie Note 89); und so gelangt man ganz von selbst zu dem Resultat — trotz des Widerspruches v. Buri's lc. S. 7 —, daß die Kausaltheorie des positiven Rechts die von mir vertretene ist; seine Bestimmungen über die Teilnahme sind, wie ich darzuthun hoffe, nur geeignet, hiervon vollständig zu überzeugen.

[102]) Ja er meint, in seltsamem Widerspruch zu seinem Zugeständnisse oben zu Note 100, die auf der subjektiven Teilnahmetheorie beruhenden Entscheidungen des Reichsgerichts immer noch gegen die, de lege lata erhobenen, Bedenken Anderer verteidigen zu sollen: Kausalität (1885) S. 53 unten.

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Beweis für die objektive Teilnahmetheorie des positiven Rechts.

I. Im Allgemeinen.

§ 33.

Wenden wir uns zu einer unbefangenen Betrachtung der Teilnahmelehre im geltenden Recht.

Unser Reichsstrafrecht kennt neben der Thäterschaft eine besondere Schuldform der Teilnahme, welche im 3. Abschnitt des I. Teiles des R.-Str.-G.-B., in den §§ 47—50, ihre allgemeine Regelung gefunden hat. Es versteht dabei unter Teilnahme nur diejenige Mitwirkung zur Hervorbringung eines Verbrechens, welche nicht Thäterschaft ist, und stellt den „Teilnehmer" in diesem Sinn in einer Reihe von Paragraphen dem „Thäter", als demjenigen, der den verbrecherischen Erfolg durch seine alleinige Wirksamkeit verursacht hat, direkt gegenüber. So z. B. in den §§ 50, 63, 257 R.-Str.-G.-B.; im § 3 R.-Str.-Pr.-O. Schon damit setzt sich das Reichsstrafrecht in Widerspruch zu der subjektiven Teilnahmetheorie (vgl. oben § 21). Es erkennt nicht an, daß jeder zu einem konkreten Erfolg mitwirksam Gewesene denselben in gleicher Weise, wie alle Übrigen, verursacht hat, daß mithin alle an einem Verbrechen Beteiligte Thäter desselben seien. Der Abschnitt „Teilnahme" involviert einen direkten Protest des Gesetzes gegen die Behauptung (oben S. 49), daß eine Lehre von der Teilnahme in dem Sinn, daß durch sie besondere rechtliche Wirkungen erzeugt werden könnten, unmöglich sei; er reprobiert den Satz (ebenda), daß eine besondere Schuldform der Teilnahme nicht allein überflüssig, sondern auch durchaus hinfällig sei; er widerlegt damit schon allein die subjektive Teilnahmetheorie für das positive Recht.

Freilich nun verstehen unsere Gesetze an anderen Stellen unter „Thäter" einen Jeden, der eine in abstracto strafbare Handlung begangen hat, mit Einschluß des Teilnehmers;[103]) wie sie hinwiederum auch unter Teilnahme oder Beteiligung an einem Verbrechen bisweilen die Thäterschaft mit einbegreifen.[104]) Allein hier handelt es sich um

[103]) So ist das Wort „Thäter" auszulegen z. B. in den §§ 51, 52, 53 Abs. 3, 54, 68 u. a. Vgl. auch Olshausen, Kommentar zum 3. Abschnitt sub 7 i. f.; zu § 51 sub 2.

[104]) Vgl. §§ 115, 116 Abs. 2, 124, 125, 128, 129; auch §§ 63, 243 Z. 6, 250 Z. 2 R.-Str.-G.-B. Dazu Olshausen zum 3. Abschn. sub 7. Auch der „Teil-

Digitized by Google

den technischen Begriff der Teilnahme, um die Bedeutung von „Teilnahme" im Sinn des 3. Abschnittes des R.-Str.-G.-B.; und diese „Teilnahme" bildet den strikten Gegensatz zur „Thäterschaft" und damit den ersten Beleg für die Verwerfung der subjektiven Teilnahmetheorie durch das positive Recht.[105])

§ 34.

Unter der Überschrift „Teilnahme" unterscheidet der 3. Abschnitt Mitthäter (§ 47), Anstifter (§ 48) und Gehülfen (§ 49) in getrennten Strafbestimmungen von einander. Im § 49 hält er begrifflich wiederum die Gehülfen durch Rat und die Gehülfen durch That auseinander. Mitthäter, Anstifter und Gehülfen werden im § 50 zum Thäter in Gegensatz gestellt.

Abermals erhebt durch diese Bestimmungen[106]) unser positives Recht Widerspruch gegen die subjektive Teilnahmetheorie. Die letztere (vgl. oben § 21 cit.) kennt keinen Unterschied von Mitthätern und Anstiftern unter sich und gegenüber den Thätern; sie kennt ebensowenig einen solchen zwischen physischen und intellektuellen Gehülfen. Jeder, wer animo auctoris zum Erfolg etwas beiträgt, ist ihr Thäter (Urheber), jeder wer es animo adjutoris thut, ist ihr Gehülfe, ohne daß sie weitere juristisch relevante Unterschiede anzuerkennen vermöchte. Das positive Recht thut dies; ihm ist der Mitthäter etwas anderes, als der Thäter; der Anstifter etwas anderes als der Thäter und der Mitthäter;[107]) der intellektuelle Gehülfe etwas anderes wie der

---

nehmer" in § 56 Z. 3 R.-Str.-Pr.-O. ist im weitesten Sinn zu nehmen: R.-G. III. Str.-S. 11. März 1882 (E. V. 362; R. IV. 238) **[56]***); 7. Mai 1883 (R. V. 343) **[75]**; II. Str.-S. 10. Februar 1888 (R. X. 128) **[151]**. Vgl. zu dieser und der vorigen Note auch noch Schütze, Notwendige Teilnahme S. 412 ff., sowie seinen Aufsatz „Studien zum Deutschen Strafgesetzbuch" in Goltdammer's Archiv XXI. (1873) S. 153 ff. [„Thäter: Mehrdeutigkeit des Ausdruckes"], und besonders S. 167 ff. [„Technischer und nichttechnischer Thäter im Strafgesetzbuch"].

[105]) Vgl. auch noch die Gegenüberstellung von Thäterschaftshandlungen und Beihülfe- resp. Anstiftungshandlungen z. B. in §§ 120, 121, 347; 354, 355; 142, 340, 341, 343 R.-Str.-G.-B. Wenn Binding, Grundriß § 70 sub I. 1 in den vier letztgenannten §§ Denjenigen „der einen Andern zur schuldhaften Ausführung seines (des Bestimmenden) verbrecherischen Entschlusses bestimmt hat", ebenfalls als „Thäter" betrachtet, so kann ich dies für richtig nur dann halten, wenn er dabei jenen weiteren Thäterbegriff (oben zu Note 103) im Auge hat.

[106]) Vgl. zu denselben auch die damit in Einklang stehende Terminologie in § 714 des Entw. des bürgerl. G.-B.

[107]) v. Buri selbst bezeugt uns hier gegen Binding, daß die Gleichstellung der Anstiftung mit der Thäterschaft seitens der subjektiven Teilnahmetheorie für das positive Recht unhaltbar sei. Binding (vgl. auch oben Note 65 und unten Note 199) stellt in seinem Grundriß § 70 sub I. 3 a. α für das positive Recht den Satz auf,

---

*) Die eingeklammerten fetten Zahlen beziehen sich auf ein am Schlusse des Werkes beizugebendes chronologisches Verzeichnis aller benützten Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.

Digitized by Google

physische Gehülfe. Ist damit die subjektive Teilnahmetheorie in ihrer Konsequenz der Verwischung der verschiedenen Teilnahmeformen negiert, so ist andererseits zugleich durch die Statuierung jener juristischen Unterschiede die objektive Teilnahmetheorie approbiert. Denn nach unseren Betrachtungen im ersten Abschnitt können wir schon jetzt, ehe wir auf den Inhalt der §§ 47 ff. näher eingehen, behaupten, daß jene Unterschiede sich nur dann statuieren lassen, wenn man die für einen konkreten verbrecherischen Erfolg wirksam Gewordenen je nach der verschiedenen Art ihrer Wirksamkeit und deren verschiedenen Wert für den Erfolg unterscheidet.

II. Auslegung der §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. insbesondere.

A. Die Motive und ihr Wert für die Auslegung der §§ 47 ff.

§ 35.

Treten wir nunmehr an die Auslegung der einzelnen Paragraphen des dritten Abschnittes heran, so halten wir vor Allem mit Wach[108]) und Binding[109]) daran fest, daß die Aufgabe aller Auslegung darin besteht, nicht sowohl den Willen des Gesetzgebers als den Willen des Gesetzes selbst festzustellen. Das Gesetz löst sich, sobald es als solches fertig geworden, von seinem Autor los, und besitzt nunmehr einen selbständigen, von jenem des Gesetzgebers völlig unabhängigen Willen. Dieser, und nicht der Wille des Gesetzgebers, ist Recht. Sollte es uns daher auch möglich sein, den Sinn, welchen der Gesetzgeber mit einem Gesetzesparagraphen verbinden wollte, völlig unbezweifelbar festzustellen, so wären wir doch nur dann berechtigt, in diesem Sinn den Gesetzesparagraphen zu verstehen, wenn dieser Sinn in letzterem einen adäquaten

„daß der unmittelbare und der mittelbare Thäter und der Anstifter in den meisten Fällen, nämlich in allen, wo der Anstifter Urheberentschluß besitzt, juristisch das Gleiche thun." v. Buri, Kausalität (1885) S. 62 anerkennt diese Behauptung als vom Standpunkt seiner Kausaltheorie aus vollkommen richtig an; fügt aber mit Recht hinzu: „Nur hätte hierbei auch einerseits ihre notwendige Voraussetzung (scil. eben das Prinzip der Einheit des Erfolgs), andererseits ihr Widerspruch mit dem Strafgesetzbuch, welches bei dieser Auffassung zur besonderen Auszeichnung der Anstiftung nicht hätte gelangen können, zu bestimmtem Ausdruck gebracht werden sollen." Vgl. hieher auch noch Cohn, Zur Lehre vom versuchten Verbrechen, S. 662; und unten § 53.

[108]) Handbuch des Civilprozeßrechts I. §§ 20 ff.; vgl. insbes. S. 258 vv.: „Aus alle dem folgt, daß Auslegung nicht ist Darlegung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber thatsächlich mit dem Satze verband, sondern des Sinnes, welcher dem Gesetz immanent ist."

[109]) Handbuch des Strafrechts I. §§ 95 ff.; vgl. insbes. S. 456 zu Note 6: „Was aber in Wahrheit das Gesetz denkt, also auch will, darüber entscheidet nach seiner Publikation kein persönlicher Wille mehr."

Digitized by Google

Ausdruck gefunden hätte. Ergiebt das auszulegende Gesetz nach seinem Wortlaut, Zweck und systematischen Zusammenhang mit den übrigen Bestandteilen der Rechtsordnung einen anderen Sinn, als den vom Gesetzgeber gewollten, so kann es in letzterem nicht verstanden und angewendet werden.

Hieraus ergiebt sich ganz von selbst der Wert der Gesetzesmaterialien für die Auslegung des Gesetzes. Sie sind unter Umständen — durchaus nicht immer — geeignet, uns den Willen des Gesetzgebers klar und unzweifelhaft erkennen zu lassen. Aber wie unbestreitbar sich aus ihnen auch eine bestimmte Auffassung des Gesetzes als die dem Willen des Gesetzgebers entsprechende ergeben mag, so vermögen sie uns doch in der Auslegung dieses Gesetzes nicht zu binden. Sie sind auch unter dieser Voraussetzung immer nur ein Hülfsmittel der Interpretation neben den übrigen, in den Sprachgesetzen, der ratio legis, der Systematik und in der Geschichte des Gesetzes, uns zur Verfügung stehenden. Und nicht nur wenn diese übrigen Hülfsmittel der Auslegung zusammen einen anderen Sinn des Gesetzes, als den in den Materialien zum Ausdruck gebrachten, ergeben, sondern auch schon dann, wenn der letztere im Gesetz absolut keinen Ausdruck gefunden hat, haben wir nicht den vom Gesetzgeber gewollten, sondern den im Gesetz zum Ausdruck gebrachten Sinn als Inhalt des Gesetzes, als Recht zu betrachten und anzuwenden.

§ 36.

All dies ist für unser Thema von eminenter Wichtigkeit, weil man bekanntlich auf Grund einer Stelle in den Motiven zum Entwurf II des Reichsstrafgesetzbuches[110]) angenommen hat, daß die Bestimmungen des dritten Abschnittes im Sinn der subjektiven Teilnahmetheorie auszulegen seien. Jene Stelle lautet:

> „Der Entwurf hat geglaubt, daß der wesentliche Charakter der Mitthäterschaft in der „gemeinschaftlichen Ausführung der That" seinen vollen Ausdruck findet, indem hierbei nicht sowohl lediglich das rein äußere Moment der gemeinschaftlichen Thätigkeit bei der Ausführung der That, sondern auch und vorzugsweise der Charakter der Mitwirkung des Einzelnen bei der Ausführung in das Auge gefaßt und hiernach bestimmt wird, ob die That selbst in ihrer Ausführung als eine gemeinschaftliche sich darstellt. Während die Mitwirkung des Gehülfen sich dadurch kennzeichnet, daß sie die That selbst als die eines Dritten behandelt, zu welcher die Hülfe geleistet wird, ist die Mitwirkung des Mitthäters aus der Absicht entsprungen, die That als seine eigene beziehungsweise als die seiner Komplicen zu unterstützen und zur Voll-

[110]) Motive zum Rev.-Entw. S. 63.

Digitized by Google

endung zu bringen. Nicht sowohl das Maß und die Bedeutung der Mitwirkung zu der That, als vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen, wird, nach wie vor, das wesentlich entscheidende Moment bilden."

Diesem Ausspruch gegenüber muß nun behauptet werden:

Erstlich: der Wille des Gesetzgebers, daß die §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. in irgend einem bestimmten Sinn aufzufassen seien, kann aus ihm überhaupt nicht entnommen werden.

Zweitens: wäre in der abgedruckten Stelle der Motive auch eine Äußerung des Willens des Gesetzgebers zu erblicken, so würde sie doch durchaus nicht ergeben, daß dieser Wille auf Sanktionierung der subjektiven Teilnahmetheorie im Gesetz gerichtet war.

Und endlich: würde dies auch der Wille des Gesetzgebers gewesen sein, so hätte derselbe doch keinen Ausdruck im Gesetz gefunden und besäße daher für uns keinerlei maßgebende Bedeutung.

Die dritte dieser Behauptungen muß in den nachfolgenden Untersuchungen eingehend bewiesen werden.

Bezüglich der ersten scheint mir schon Fuchs[111]) alles Nötige gesagt zu haben, indem er hervorhob, daß die Motive schon als Äußerung nur eines einzelnen Gesetzgebungsfaktors nicht als Aussprüche des Gesetzgebers anerkannt werden können, und daß daran auch durch den Umstand nichts geändert werde, wenn etwa bei der Beratung des Gesetzes eine den Motiven entgegengesetzte Meinung nicht zutage getreten ist, indem dieser Umstand nicht einmal dazu berechtige, eine Übereinstimmung aller Gesetzesfaktoren zu fingieren.[112])

Was aber unsere zweite Behauptung anlangt, so müssen wir sie hier umsomehr eingehender begründen, als Fuchs[113]), unsrer Ansicht gerade entgegengesetzt, meint:

„Wenn die „Motive" als wirkliche Aussprüche des Gesetzgebers mit den Bestimmungen des Gesetzes selbst gleichwertig erachtet werden könnten,

---

[111]) „Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen" in Goltdammer's Archiv XXIX. (1881) S. 169 ff., bes. S. 172, 173.

[112]) Vgl. hieher jetzt insbes. noch Wach, Handbuch I. S. 260 ff. sub V., S. 282 zu Note 34, wo die im Text gebilligte Anschauung eingehend und u. E. unwiderleglich begründet ist. Vgl. auch das von Wach daselbst zitierte Urteil des II. C.-S. des R.-G. vom 2. April 1883 (E. IX. 76) vv.: „Der Rechtssatz, welchen die Motive aufstellen, hat dadurch, daß bei der Beratung des Gesetzes Einwendungen dagegen nicht erhoben wurden, noch nicht Gesetzeskraft erlangt. Vielmehr kommt es lediglich darauf an, ob sich jener Satz aus allgemeinen Bestimmungen der Konkursordnung ableiten läßt." Diesem Urteil ist noch beizufügen das in gleichem Sinn, nur noch viel entschiedener, sich aussprechende Urteil vom 23. Mai 1885 (Jur. W.-S. S. 245).

[113]) A. a. O. S. 172.

Digitized by Google

so würde der wissenschaftliche Streit zu Gunsten der subjektiven Theorie entschieden und jede weitere Diskussion über den Unterschied von Mitthäterschaft und Beihülfe höchst überflüssig sein."

Freilich sind die Motive in dem abgedruckten Passus ganz dazu angethan, der verschiedensten Auslegung ihrer Worte Raum zu geben, und nicht ganz mit Unrecht meint v. Buri,[114]) „es dürfte nicht leicht sein, in so wenigen Sätzen für das Verständnis eine größere Schwierigkeit zu schaffen."

Offenbar wollen die Motive das Hauptgewicht in der Begriffsbestimmung der Mitthäterschaft auf das „gemeinschaftlich" legen. Mit diesem Wort glauben sie das charakteristische Unterscheidungsmerkmal der Mitthäterschaft gegenüber der Beihülfe genügend hervorgehoben zu haben; denn dieses soll ja darin bestehen, daß der Mitthäter beabsichtigt, die That als seine eigene, beziehungsweise als die seiner Komplicen zu fördern, d. h. eben als eine That, die ihm mit seinen Komplicen gemeinschaftlich ist, während der Gehülfe sie als die eines Dritten, d. h. als eine ihm fremde, an der er höchstens äußeren Anteil hat, fördern will. Damit ist allerdings ein subjektives Element als Unterscheidungsmerkmal hervorgehoben.

Allein zunächst sind die Motive damit auf ein Unterscheidungsmoment zurückgekommen, welches nach unseren Ausführungen oben S. 32 ff. mit der ganzen Grundlage der subjektiven Teilnahmetheorie in Widerspruch steht, und welches daher auch von den konsequenteren Vertretern der letzteren selbst verworfen wird.[115]) Sodann aber suchen die Motive den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe durchaus nicht bloß in dem subjektiven Moment, sondern nur „vorzugsweise". Es ist ihnen, wie sie selbst sagen, nur das „wesentlich entscheidende". Daneben aber anerkennen sie, daß man bei der Mitwirksamkeit Mehrerer zu einem Verbrechen auch nach „Maß und Bedeutung der Mitwirkung zu der That" unterscheiden könne,[116]) und finden auch dies in ihrer Definition der Mitthäterschaft, also wohl in den Worten „Ausführung der That" angedeutet, wenn sie sagen, daß in der Begriffsbestimmung „gemeinschaftliche Ausführung der That" „nicht sowohl lediglich das rein äußere Moment der gemeinschaftlichen Thätigkeit bei der Ausführung der That, sondern auch und vorzugs-

[114]) Kausalität (1885) S. 49.

[115]) Von dieser Seite bekämpft auch v. Buri lc. S. 49 die Motive.

[116]) Vgl. dagegen v. Buri a. a. O. S. 49 vv.: „Sind aber die beihelfenden und urheberischen Mitwirksamkeiten gleichwertig, so kann überhaupt von einem verschiedenen Maß und einer verschiedenen Bedeutung beliebiger Wirksamkeiten keine Rede sein." S. dazu oben S. 23.

Digitized by Google

weise der Charakter der Mitwirkung des Einzelnen bei der Ausführung in das Auge gefaßt wird." Die Motive sind also weit entfernt, den rein subjektiven Standpunkt in der Lehre von der Teilnahme zu vertreten; sie schwanken vielmehr zwischen dem subjektiven und dem objektiven Standpunkt unentschieden hin und her. Dieses Schwanken ist denn auch von fast Allen, welche sich näher mit den Motiven a. a. O. befaßt haben, richtig erkannt und gerügt worden.[117]) Bei solch unklarem Standpunkt aber ist kaum ein Hülfsmittel der Interpretation weniger zur Auslegung der §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. geeignet, als die Motive, und ist das harte Urteil v. Buri's[118]) vollkommen gerechtfertigt, daß, wenn durchgängig bei der Auslegung des Gesetzes nach Belieben bald das Prinzip der Einheit des Erfolges, bald dasjenige seiner Teilbarkeit zur Anwendung gebracht werde, diese Inkonsequenz nicht zum wenigsten durch die Motive verschuldet sei.

Auf keinen Fall können wir zugeben, daß in den Motiven der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen sei, die subjektive Teilnahmetheorie im Gesetz zu sanktionieren.

B. Der Inhalt des Gesetzes selbst.

§ 37.

Würden die Motive auch ganz unzweideutig den Willen des Gesetzgebers verraten, sich der subjektiven Teilnahmetheorie anzuschließen, so würde doch dieser Wille des Gesetzgebers im Gesetz selbst nicht verwirklicht worden sein.[118a]) Als Wille des Gesetzes — und dieser allein bindet uns — ergiebt sich vielmehr die Sanktionierung der objektiven Teilnahmetheorie.

Zunächst findet sich in den drei Paragraphen über die Mitthäter, die Anstifter und die Gehülfen auch keine Spur von denjenigen Begriffs-

---

[117]) Vgl. Schütze, Lehrb. 1. Aufl. § 45 Note 4; Derselbe, Goltdammer's Archiv XXI. (1873) S. 156; Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts II. S. 382 Note 2 i. f.; Olshausen, Kommentar zu § 47 sub 4; besonders aber v. Buri, Kausalität S. 48 ff. S. auch oben unsere Note 26 a. E. — Dagegen verkennt sowohl den Sinn der besprochenen Motivenstelle, wie ihren Wert für die Gesetzesauslegung völlig Borchert, Strafrechtliche Verantwortlichkeit ꝛc., S. 45 (vgl. auch S. 40, 41 zu Note 10; S. 91 Note 45): s. meine Anzeige dieser Schrift in der Mecklenb. Zeitschr. Band VIII. auf S. 112.

[118]) A. a. O. S. 48.

[118a]) Vgl. Schütze in Goltdammer's Archiv a. a. O. vv.: es „entspricht die Behauptung der Motive vv. „„nicht sowohl das Maß und die Bedeutung"" u. s. w. einerseits nicht der Natur der Sache, d. h. den Gestaltungen (Ergebnissen) des Rechtslebens in dieser Frage, andererseits nicht dem Gesetzestext".

Digitized by Google

momenten, welche sie nach den verschiedenen Formulierungen der subjektiven Theorie voneinander unterscheiden sollen. Der § 47 sagt über den subjektiven Thatbestand gar nichts, so daß man ja bekanntlich selbst darüber nicht einig ist, ob nach unserem positiven Recht die Mitthäterschaft nur dolos oder auch kulpos begangen werden kann.[119]) Bezüglich der Anstiftung beschränkt es sich darauf, Dolus auf Seiten des Anstifters zu verlangen. Und das Gleiche will bezüglich des Gehülfen das „wissentlich" des § 49 besagen.[120]) Davon also, daß der Mitthäter und der Anstifter zu eigenen Zwecken, in eigenem Interesse, der Gehülfe aber zu fremden Zwecken, in fremdem Interesse thätig werden müsse, giebt das Gesetz auch nicht die leiseste Andeutung. Und doch hätten wir die Hervorhebung dieser Verschiedenheit, wenn sie die vom Gesetz gewollte sein sollte, um so sicherer erwarten dürfen, als auch unser positives Recht, im Einklang mit dem oben in § 3 Ausgeführten, nur ausnahmsweise Zweck und Interesse zu Begriffsmerkmalen macht,[121]) und ebendarum, wo es dies thut, oder wo es gar Unterschiede knüpfen will an das Handeln in (vorwiegend) eigenem oder (vorwiegend) fremdem Interesse,[122]) solchem Willen ganz unzweideutigen Ausdruck verleiht.

Betrachten wir vielmehr unsere drei Paragraphen völlig unbefangen, so tritt uns als das nach dem Gesetz unterscheidende Merkmal sofort die Verschiedenartigkeit der Thätigkeit entgegen: bei den Mitthätern das „gemeinschaftlich Ausführen" einer strafbaren Handlung; beim Anstifter das „Bestimmen" eines Andern zu einer strafbaren Handlung; beim Gehülfen das „Hülfeleisten" zur Begehung einer strafbaren Handlung. Wir sahen oben (in § 34) schon in negativer Richtung, daß diese drei Handlungen einander in ihrer kausalen Bedeutung für das Verbrechen — als angeblich ebensoviele Ursachen desselben — nicht gleichstehen können: die positivrechtliche Scheidung der Mitthäter von den Thätern, der Anstifter von den Mitthätern wäre sonst unerklärlich. Es gilt nunmehr positiv die Verschiedenheit der Kausalität der drei Arten der Teilnehmer festzustellen.

---

[119]) Vgl. Binding, Grundriß § 70 sub I. 2 und dagegen v. Liszt, Lehrb. (2. Aufl.) § 50 zu Note 6.

[120]) Vgl. Binding, Normen II. S. 463 Note 672; Olshausen zu § 49 sub 13.

[121]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch (3. Aufl.) § 38 sub II..

[122]) Vgl. insbes. § 257 R.-Str.-G.-B. (S. auch § 759 Entw. des bürgerl. G.-B. und dazu die Motive auf S. 868).

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die verschiedene Mitwirksamkeit der Teilnehmer.

1. Das „gemeinschaftlich ausführen" des § 47 R.-Str.-G.-B.[123])

§ 38.

An verschiedenen Stellen seiner Schriften[124]) fordert v. Buri die Verteidiger der objektiven Teilnahmetheorie auf, doch einmal genau zu sagen, was sie unter einer Ausführungshandlung sich denken. Und in der That war er durch die nichtssagenden Paraphrasierungen des Wortes, wie sie z. B. Mittermaier[125]) und Goltdammer[126]) an Stelle einer scharfen Definition gaben, vollauf zu solchem Verlangen berechtigt. Und umsomehr war v. Buri's Forderung berechtigt, als, wie schon wiederholt von Anderen hervorgehoben wurde,[127]) der Ausdruck „Ausführung"

---

[123]) Man vgl. außer den Lehrbüchern (zur Lehre vom Versuch und zur Lehre von der Teilnahme) und den Kommentaren (zu § 43 und § 47 R.-Str.-G.-B.) insbesondere: Mittermaier, die rechtliche Bedeutung des Ausdruckes: Anfang der Ausführung, zur Bezeichnung des Anfangspunktes des Versuchs mit Rücksicht auf die Rechtsprechung in den verschiedenen Staaten, im Gerichtssaal XI. (1859) S. 196 ff.; Zachariae „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten" in Goltdammer's Archiv V. (1857) S. 577 ff.; Schütze in Goltdammer's Archiv XXI. (1873) S. 154, 155: „Das Ausführen", S. 155—158: „Die Ausführungshandlung"; Cohn, zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, I. (1880) S. 17 ff.: „Zur Interpretation des § 43 des deutschen Strafgesetzes"; Waag, „Ausführung der Gesetzesübertretung und Handlung, durch welche das Gesetz verletzt wird, sind identische Begriffe": Gerichtssaal XXXII. (1880) S. 111—129; Goltdammer's Materialien zum preuß. Str.-G.-B. I. (1851) S. 244 ff.; Ortolan, Eléments de droit pénal V. édit. par Desjardins I. (1886) n. 981 ff., p. 445 ff.; Baumgarten, die Lehre vom Versuch (1888) S. 384—418 „der Anfang der Ausführung".

[124]) Vgl. z. B. Kausalität (1873) S. 123; Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 197.

[125]) A. a. O. S. 211 nennt er Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, diejenigen, durch welche der zum Verbrechen Entschlossene „auf den Gegenstand, an welchem das Verbrechen verübt werden soll, einzuwirken, die gewählten Mittel, welche im unmittelbaren Zusammenhange mit dem bezweckten Verbrechen stehen, so anzuwenden beginnt, daß durch die Vornahme der Handlung der Thäter die Festigkeit des Entschlusses, der durch Hindernisse sich nicht abschrecken zu lassen bereit ist, die Richtung des zur Verwirklichung des Verbrechens gewählten Planes, sowie die Richtung auf den bestimmten Gegenstand und die Art des beabsichtigten Verbrechens an den Tag legt". Dabei versichert er uns in Note 40, daß „in der Auffassung dieses geschilderten Charakters der Ausführungshandlungen die Schriftsteller aller Nationen zusammenstimmen".

[126]) A. a. O. giebt er den Sinn des § 31 preuß. Str.-G.-B. in den Worten „durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten" dahin wieder: „es müssen äußere Handlungen vorliegen, welche vermöge ihrer intensiven Gestalt und vermöge ihrer unmittelbaren Beziehung zu dem, was den Thatbestand des Verbrechens bildet, den Entschluß des Thäters verraten, daß er zur Vollendung des Verbrechens fortgeschritten sein würde, wenn äußere zufällige Umstände ihn nicht daran gehindert hätten".

[127]) Krug, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen (1855), S. 19; Mittermaier a. a. O. S. 208 Note 37; Cohn a. a. O. S. 19.

Digitized by Google

an sich ein mehrdeutiger ist. Freilich sind von den Zweifeln, die er an sich hervorzurufen geeignet ist, die gewichtigsten durch unser positives Recht an den beiden Stellen, wo es das Wort entschieden technisch gebraucht[128]) — in § 43 und in § 47 R.-Str.-G.-B. — von vornherein ausgeschlossen. Konnte man angesichts der Fassung des § 31 preuß. Str.-G.-B., welcher bloß von „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten" redete, darüber streiten, ob zu ergänzen sei: Ausführung des verbrecherischen Entschlusses oder Ausführung des Verbrechens selbst?[129]) konnte man also zweifeln, ob Ausführungshandlung sei eine jede Bethätigung des verbrecherischen Entschlusses von dessen Fertigwerden an bis zum Existentwerden des Verbrechens selbst,[130]) oder nur diejenige Bethätigung des verbrecherischen Entschlusses, welche das Verbrechen unmittelbar zur Existenz bringt: so ist unserem jetzt geltenden Recht gegenüber dieser Zweifel unmöglich. Denn es spricht sowohl § 43 ausdrücklich von „Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens", als auch der § 47 von „eine strafbare Handlung ausführen".

Und nicht minder kann u. E. weder dem § 43 noch dem § 47 gegenüber darüber ein Zweifel bleiben, ob das „ausführen" subjektiv oder objektiv zu interpretieren,[131]) ob also unter Ausführungshandlung zu ver-

[128]) Die §§ 43, 47 Str.-G.-B. genügen für meine Beweisführung vollkommen. Ich kann mich daher der Untersuchung, ob das Wort „Ausführung" auch in anderen Gesetzesstellen — wie z. B. in §§ 82, 83, 85, 211, 212, 214 R.-Str.-G.-B.; § 6 des Dynamitgesetzes vom 9. Juni 1884 — technisch gebraucht ist, füglich entschlagen. Vgl. jedoch auch die folgenden Noten. — Binding in seinem Grundriß § 70 sub I. 2 (S. 124 der 3. Aufl.) scheint das „ausführen" auch im § 47 R.-Str.-G.-B. nicht als technischen Ausdruck, sondern nach dem vulgären Sprachgebrauch als gleichbedeutend mit „begehen" zu betrachten, sodaß also unter der gemeinschaftlichen Ausführung „nur das rein thatsächliche Zusammentreffen mehrerer verbrecherischer Mitwirksamkeiten" zu verstehen wäre, seien das nun thäterische, oder anstiftende oder beihelfende. Allein § 47 will doch eine Begriffsbestimmung der Mitthäter im Gegensatz zu den Anstiftern und Gehülfen geben? Vgl. gegen Binding a. a. O. auch v. Buri, Kausalität (1885) S. 61. — Dagegen ist allerdings das „gemeinschaftlich ausführen" des § 146 Vereins-Zollges. gleich „gemeinschaftlich begehen", oder wie der zitierte Paragraph selbst sagt gleich „gemeinschaftlich ausüben".

[129]) Vgl. Zachariae a. a. O. S. 578; Cohn a. a. O. S. 19. Übrigens war auch schon angesichts des preuß. Str.-G.-B. die überwiegende Meinung die, es rede im § 31 von der Ausführung des Verbrechens: vgl. Zachariae l. c.; Cohn a. a. O. S. 41. S. auch Mittermaier a. a. O. S. 212: „Hervorgehoben muß werden, daß, wenn hier vom Anfang der Ausführung gesprochen wird, nicht die Ausführung der Absicht, sondern die des Verbrechens gemeint sein kann."

[130]) Sodaß also Anfang der Ausführung, d. h. Versuch, auch wären die Vorbereitungshandlungen im objektiven Sinn. Vgl. Ortolan a. a. O. § 989 p. 448: Lorsque l'agent en est venu aux actes préparatoires, peut-on dire qu'il y ait tentative? A la rigueur, et dans l'acceptation la plus large du mot, on le pourrait, car il y a eu main mise à des actes extérieurs ayant pour but de parvenir à l'accomplissement du délit ..... Mais à vrai dire etc.

[131]) Schon Häberlin, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln, im Gerichtssaal XVI. (1864) S. 219, und Einige Bemerkungen über den Versuch nach dem

Digitized by Google

stehen sei jede Handlung, wodurch der Thäter das Verbrechen auszuführen vermeint,[132]) oder nur die Handlung, wodurch er das Verbrechen wirklich ausführt? Denn der § 43 spricht ausdrücklich von „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten", d. h. also doch objektiv betrachtet einen solchen Anfang der Ausführung in sich schließen; und es ist willkürlich, zwischen jene Worte ein „nach der Meinung des Thäters" hineinzuschieben,[133]) um so willkürlicher, als gegen diese subjektive „Auslegung" nicht nur die ganze Redaktionsgeschichte des § 43 spricht,[134]) sondern auch sein völlig zweifelloser Zweck, die sich objektiv als bloße Vorbereitungshandlungen darstellenden Thätigkeiten, welche nach dieser subjektiven Auffassung ebenfalls noch

---

R.-Str.-G.-B. im Gerichtssaal XXIV. (1872) S. 253 ff., S. 260 ff. hatte diese Frage von der vorigen richtig unterschieden. Cohn a. a. O. S. 41, indem er ihn tadelt, konfundiert sie wieder.

[132]) Derartige subjektive Definitionen der Ausführungshandlung haben z. B. aufgestellt: Häberlin im Gerichtssaal XVI. (1864) S. 219 ff., XVII. (1865) S. 34, 35 des Beilagenheftes, XXIV. (1872) S. 255, 258 ff., 261; Mittermaier im Gerichtssaal XI. (1859) S. 221; v. Buri in Goltdammer's Archiv XXV. S. 308 [de lege ferenda]; Schwarze in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 277. — Im geltenden Recht ist wohl subjektiv zu verstehen § 82 R.-Str.-G.-B. vv.: „Handlung, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll." Vgl. Olshausen zu § 82 sub 1; s. auch Baumgarten a. a. O. S. 401 Note 53 i. f.

[133]) Wie dies das Reichsgericht thut; vgl. z. B. Plenarentscheidung vom 24. Mai 1880 R. I. S. 819 ff. **[13]**; Urteil des II. Str.-S. vom 9. Juli 1880 R. II. S. 179 **[15]**, wo es wenigstens als möglich und am Schluß implicite für richtig erklärt wird, die Worte „Anfang der Ausführung" dahin zu interpretieren, „daß darunter alle diejenigen Handlungen fallen, durch welche der Thäter das beabsichtigte Verbrechen unmittelbar ausführen wollte"; Urteil des II. Str.-S. vom 13. Januar 1882 R. IV. S. 44 ff. **[53]**. Freilich hat das Reichsgericht in anderen Urteilen die fraglichen Worte wieder ganz im objektiven Sinn ausgelegt: s. unten im dritten Abschnitt. Wie denn auch der unermüdliche Vorkämpfer der subjektiven Versuchstheorie im Schoße des Reichsgerichts, v. Buri, längst richtig erkannt hat, daß jene Worte des § 43 R.-Str.-G.-B. im subjektiven Sinn nicht verstanden werden dürfen: vgl. Kausalität (1873) S. 154 vv.: „Denn es wird sich nicht wegdemonstrieren lassen, daß nach diesem Paragraphen für den Versuch nicht allein ein durch die Handlung erkennbar gewordener verbrecherischer Wille, sondern weiter auch ein in der Handlung enthaltener objektiver Anfang der Ausführung der That — ein objektiver Teil derselben — gefordert wird." S. auch Denselben in Goltdammer's Archiv XXV. S. 297, 310, 315 und das auf S. 316 ebenda zitierte Urteil des Münchener Kassationshofes.

[134]) Die Geschichte unseres § 43 führt uns zurück auf (das E. G. zum preuß. E. von 1847 art. XIX. und von da rückwärts über die Entwürfe von 1845 § 42, 1843 § 55, 1836 § 50, 1833 § 46, 1830 § 48 auf) den preuß. Str.-G.-Entw. von 1827 § 77, wo die entsprechenden Worte lauteten (Goltdammer's Materialien I. S. 244): „durch eine solche äußere Handlung, welche schon als Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens zu betrachten ist." Aus dieser — offensichtlich objektiv zu verstehenden — Redaktion entwickelte sich dann allmählich — allerdings unter zeitweiliger Hinneigung zur subjektiven Auffassung („welche schon auf die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens gerichtet ist") — der § 31 preuß. Str.-G.-B. von 1851 vv.: „durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten," woraus dann § 37 des Nordd. E. (Motive dazu S. 84) und endlich § 43 unseres R.-Str.-G.-B. in den oben abgedruckten Worten hervorging.

Digitized by Google

Versuchshandlungen sein könnten,[135]) vom Gebiet des Versuches auszuschließen.[136])

Daß aber vollends in dem uns zunächst interessierenden § 47 das „gemeinschaftlich ausführen" nur objektiv verstanden werden kann, scheint selbstverständlich[136a]) und ist meines Wissens auch noch von keiner Seite bestritten worden.

Es ist also die Frage dahin zu präzisieren: Welche Handlung qualifiziert sich objektiv betrachtet als Ausführung eines bestimmten Verbrechens?

— — —

[135]) Vgl. v. Buri, Kausalität (1873) S. 114: „Es ist überhaupt der Versuch in seinem ganzen Umfang nichts weiter als eine Vorbereitung der Vollendung"; ebenso in Goltdammer's Archiv XXV. S. 273. Ferner ebenda S. 282 vv.: „Die subjektive Theorie weiß nichts von Handlungen der bloßen Vorbereitung in objektivem Sinn"; S. 308 vv.: „so kann auch der Thäter eine Vorbereitungshandlung als Ausführungshandlung unternehmen, und es ist beziehungsweise die ganze Unterscheidung hinfällig, da, sobald nur der Thäter bereits eine feststehende verbrecherische Absicht gehabt hat, jede zur Herbeiführung des Erfolgs unternommene Handlung als eine Ausführungshandlung anzusehen ist."

[136]) In Frankreich ist Theorie und Praxis darüber einig, daß durch die Worte des Code pénal art. 2 „commencement d'exécution" die actes préparatoires aus dem Gebiete des strafbaren Versuches ausgeschieden werden sollten. Vgl. statt Vieler Ortolan lc. n. 1009 p. 457, n. 1022 p. 464 und Goltdammer a. a. O. I. S. 261. — Ebenso war es bei der Entstehung des § 31 preuß. Str.-G.-B. „die bestimmte Absicht, die Theorie des Landrechts . . . von der Strafbarkeit der „vorläufigen Anstalten", also der bloßen Vorbereitungshandlungen zu verbessern und sich der Theorie des Code pénal art. 2 und der neueren deutschen Gesetzbücher anzuschließen. In diesem Sinne wurde die Fassung beschlossen:" vgl. Goltdammer lc. I. S. 245; auch S. 248, 261. — Was endlich unser R.-Str.-G.-B. angeht, so sagen uns die Motive zum Nordd. E. auf S. 84, derselbe habe sich, indem er die Strafbarkeit von Versuchshandlungen erst dann annehme, wenn diese Handlungen bereits einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten, damit den neueren Strafgesetzbüchern anschließen wollen. Diese aber haben zum großen Teil die Tendenz jener Begriffsbestimmung des Versuches direkt ausgesprochen durch folgende, durchgängig fast wörtlich gleiche Sanktion: „Handlungen, wodurch die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens erst vorbereitet, aber noch nicht angefangen worden ist, unterliegen, außer den im Gesetz besonders bestimmten Fällen, keiner Strafe:" vgl. die Strafgesetzbücher von Württemberg (1. März 1839) art. 63; Hannover (8. August 1840) art. 34 Z. 1; Sachsen-Altenburg (3. Mai 1841) art. 29; Hessen-Darmstadt (17. September 1841) art. 65 und 66; Baden (6. März 1845) § 108; Nassau (14. April 1849) art. 62; Thüringen (1850 ff.) art. 27; Sachsen (13. August 1855) art. 45; Bayern (10. November 1861) art. 51. — Im § 43 R.-Str.-G.-B. ist nicht das leiseste Anzeichen dafür vorhanden, daß er mit den nämlichen Worten „Anfang der Ausführung" etwas Anderes bezwecken wollte, als alle diese Gesetzbücher und Entwürfe, aus denen er diese Worte entnommen hat. Vgl. auch noch den Gegensatz von „vorbereitender Handlung" und „Beginn einer strafbaren Handlung" in §§ 86, 83 R.-Str.-G.-B.

[136a]) Vgl. auch Schütze in Goltdammer's Archiv XXI. S. 157 vv.: „Im Gesetzbuch heißt es § 47 nicht: als Thäter wird bestraft jeder, welcher eine strafbare Handlung hat (mit-) ausführen wollen, sondern: welcher eine strafbare Handlung (mit-) ausführt".

Digitized by Google

§ 39.

Darauf antworten wir zunächst:

Diejenige Handlung, welche als die Ursache des gesetzlich verpönten Erfolges zu betrachten ist.

Wir gehen mit v. Liszt[137]) davon aus, daß jedes Verbrechen — ohne daß man zwischen sog. Erfolgsverbrechen und Nichterfolgsverbrechen im bisher üblichen Sinn[138]) unterscheiden dürfte — sowohl einen ideellen als einen materiellen „Erfolg" produziert. Der ideelle besteht in der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes, der materielle in irgend welcher, sei es auch noch so geringfügigen, Veränderung in der Sinneswelt, ohne welche das Verbrechen schon als Körperbewegung gar nicht gedacht werden kann. In letzterem Erfolge verkörpert sich der erstere. Um den einen wie den andern Erfolg zu verhüten, droht die Rechtsordnung ihre Strafen an. Sie muß, wenn sie diesen Zweck erreichen will, sie Demjenigen androhen, der die Ursache zu dem von ihr perhorreszierten Erfolge setzen würde.[139]) Und ihn meint das Gesetz hinwiederum, wenn es technisch spricht von Demjenigen, der ein Verbrechen ausführt.

Es ist eine unbestreitbar richtige und auch allgemein anerkannte Definition des Thäters (im technischen Sinn: vgl. oben § 33), daß er Derjenige sei, welcher den verbrecherischen Erfolg erzeugt und damit das Verbrechen vollendet: dies ist kein Anderer als Derjenige, welcher die Ursache des verbrecherischen Erfolges setzt.[140]) Dann aber sind Mitthäter Diejenigen, welche die Ursache eines verbrecherischen Erfolges

---

[137]) Lehrbuch 2. Aufl. § 29 sub I., 3. Aufl. § 27 sub III. Vgl. auch meine Besprechung von Bruck's Lehre von der Fahrlässigkeit in der Münchener Krit. Vierteljahrsschrift XXIX. S. 590, 601.

[138]) Nur beiläufig sei erwähnt, daß wir zwischen Nichterfolgs- und Erfolgsdelikten vielmehr unterscheiden, jenachdem der zu jedem Verbrechen gehörige materielle Erfolg unmittelbar mit dem Abschluß der verbrecherischen Thätigkeit eingetreten sein muß oder zeitlich von demselben getrennt sein kann. Denn letzteren Falles ist es der Rechtsordnung möglich, den Abschluß der Thätigkeit und den Erfolg auch juristisch von einander zu trennen, indem sie sich der Zwischenzeit mit Rechtsvorschriften bemächtigt, wie dies denn auch unser R.-Str.-G.-B. in § 46 Z. 2 und in § 67 Abs. 4 gethan hat. Diese Thatsache zwingt uns, einen Unterschied zwischen Erfolgs- und Nichterfolgsdelikten in diesem Sinn auch theoretisch aufrecht zu erhalten — wobei ich übrigens bereitwillig einräume, daß die Terminologie der Ersetzung durch eine bessere sehr bedürftig wäre.

[139]) Vgl. Binding, Normen I. § 7 S. 38 ff. [§ 17 S. 111 ff. der 2. Aufl.], II. S. 159.

[140]) Vgl. die Definition des Thäters im bayer. Str.-G.-B. von 1861 art. 52 und für das geltende Recht Olshausen, Kommentar, vor §§ 47 ff. sub 5: „Erfordert der Verbrechensthatbestand eine bestimmte Wirkung" — und das ist der richtigen Ansicht nach bei jedem Verbrechen der Fall — „so ist Thäter derjenige, der diese Wirkung verursacht."

Digitized by Google

gemeinsam setzen; und dafür gebraucht § 47 R.-Str.-G.-B. den technischen Ausdruck „eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen".

Zu dem nämlichen Resultate gelangen wir auch, wenn wir vom § 43 ausgehen. Denn die Worte desselben „wenn das beabsichtigte Verbrechen nicht zur Vollendung gekommen ist", wollen, wie uns seine Entstehungsgeschichte zeigt,[141]) nichts anderes sagen als „wenn das beabsichtigte Verbrechen nicht vollständig ausgeführt worden ist", so daß wiederum Derjenige das Verbrechen ausführt, welcher es zur Vollendung führt, d. h. den verbrecherischen Erfolg verursacht, und also Derjenige das Verbrechen versucht, der mit der verursachenden Thätigkeit begonnen hat.

So erklärt denn auch die französische Theorie die Ausführungshandlung als die den verbrecherischen Erfolg verursachende Handlung.[142])

Und endlich stimmt auch v. Buri mit der Annahme der Gleichbedeutung von Ausführung und Verursachung des Verbrechens völlig überein, nur daß er natürlich, weil er zugleich Bedingung und Ursache für identisch hält, jede Handlung, die zum verbrecherischen Erfolg überhaupt irgend etwas beiträgt, für eine Ausführungshandlung erklärt[143]) — s. dagegen das gleich Folgende.

§ 40.

Die den verbrecherischen Erfolg verursachende Handlung ist aber keine andere, als die gesetzliche Thatbestandshandlung

---

[141]) Im § 42 des preuß. E. von 1845 hieß es „wenn der Vorsatz, ein Verbrechen zu begehen, in solchen Handlungen offenbar geworden ist, welche einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten, so sind diese Handlungen als Versuch zu bestrafen, insofern die Ausführung durch äußere Umstände, unabhängig von dem Willen des Thäters, verhindert worden ist". Zugleich bezeugt uns Goltdammer lc. S. 249, daß man mit dieser Formulierung bezweckte „indirekt die Vorschriften der früheren Entwürfe über den strafbaren Versuch, ihrem Sinne nach, wiederzugeben". Im § 31 preuß. Str.-G.-B. ist zwar in dem Bestreben, eine möglichst getreue Übersetzung des art. 2 Code pénal (in seiner Abänderung durch das Gesetz vom 28. April 1832) zu geben, die Formulierung eine andere. Aber wiederum bemerkt Goltdammer lc. S. 257, daß der Wille des Gesetzes richtiger zum Ausdruck gekommen wäre, wenn es im § 31 hieße „wenn die Ausführung der Handlungen bis zur Vollendung des Verbrechens gehindert worden".

[142]) Ortolan lc. § 981 p. 445: l'agent passe aux actes d'exécution, c'est-à-dire qu'il se met à l'oeuvre du délit, qu'il emploie son activité à produire le mal du délit.

[143]) Vgl. Abhandlungen S. 140 Note 13, wo v. Buri erklärt, es sei unmöglich, eine Grenze festzustellen zwischen solchen Handlungen, welche die That nur unterstützen, und solchen Handlungen, welche die That selbst ausführen: „denn alle Handlungen, welche eine Wirksamkeit für das Verbrechen geäußert haben, sind Ausführungshandlungen." Kausalität (1873) S. 111: „Meiner Ansicht nach ist jede

Digitized by Google

des konkreten Verbrechens, sodaß wir auf die obige Frage: Welche Handlung qualifiziert sich objektiv betrachtet als Ausführung eines bestimmten Verbrechens? im Einklang mit einer von je weit verbreiteten Lehre[144]), auch antworten können: die vom Gesetz im Thatbestand dieses Verbrechens als strafbar bezeichnete Handlung.

Diese unsere Ansicht, daß die Ausführungshandlung mit der Thatbestandshandlung identisch sei, hat (insbesondere mit Beziehung auf die Lehre vom Versuch) lebhafte Anfechtung erfahren.

Man hat gegen sie geltend gemacht

bald, es handle sich dabei um eine rein formale Scheidung der Thatbestands- und der Nicht-Thatbestandshandlungen, der Ausführungs- und der Vorbereitungshandlungen. Es werde dabei alles Gewicht auf die äußere Verschiedenheit des Wirkens gelegt, statt seine innere Verschiedenheit, nämlich die Verschiedenheit der Wirksamkeit des Wirkens, für maßgebend zu erklären.[145]) Und dies sei von vornherein verkehrt. Denn „eine Handlung, welche ihrer bloßen Form nach qualifiziert werden könnte", gebe es nicht. „Für den konkreten Erfolg erscheint vielmehr die Form, in welcher sich die Wirksamkeit vollzogen hat, als durch-

mitwirksame Handlung eine den Erfolg ausführende Handlung — also eine Ausführungshandlung." Vgl. auch unsere Note 135 a. E.

[144]) Schon Stübel, Über den Thatbestand der Verbrechen (1805) sagt in § 29 S. 34: „Die physische Teilnahme bei einem Verbrechen ist sehr mannigfaltig . . . Wir unterscheiden, ob derjenige, welcher bei einem Verbrechen konkurrieret, eine Thatsache hervorgebracht habe, die zu dem gesetzlichen Begriffe desselben gehört und daher einen Teil des Thatbestandes ausmacht, z. B. bei dem Diebstahle die Behältnisse der Sachen erbrochen, und letztere fortgetragen, oder ob selbiger sich auf eine andere Art teilnehmend bewiesen, z. B. Diebsinstrumente geliehen, die gestohlenen Sachen verhehlet und verpartieret habe. Nur in jenem Falle ist der Handelnde, in Rücksicht der physischen Teilnahme, Miturheber." In § 36 S. 45 sagt er dann von den Urhebern, daß in ihnen die nächste Ursache der Existenz des Verbrechens, während in den Gehülfen nur die Erleichterung desselben liege. — Es war hierauf Mittermaier, welcher im N.-A. d. Kr.-R. I. (1816) S. 169 für die Versuchshandlung das Postulat aufstellte: „Es müssen in der Handlung des Versuchenden alle jene Merkmale liegen, welche nach dem gesetzlichen Ausspruche zum Thatbestande des Verbrechens gehören." Und seitdem kehrt die Auslegung der Ausführungshandlung als der gesetzlichen Thatbestandshandlung, sowohl für die Lehre vom Versuch wie für die Lehre von der Mitthäterschaft, bei einer Reihe der bedeutendsten Kriminalisten immer wieder. Vgl. z. B. Zachariae, Lehre vom Versuch I. (1836), S. 203 ff.; Derselbe in Goltdammer's Archiv V. (1857) S. 579; Mittermaier im Gerichtssaal XI. (1859) S. 222; Schütze, Notwendige Teilnahme (1869), § 34 S. 194; Derselbe, Goltdammer's Archiv XXI. (1873) S. 156; Hälschner im Gerichtssaal XXV. (1873) S. 104; Geyer, Grundriß I. (1884) S. 136; Olshausen, Kommentar 3. Aufl. (1889) zu § 43 sub 12, zu § 47 sub 5; ferner die von Olshausen zu § 47 sub 6 a β weiter Citierten u. A. m.

[145]) So formuliert den Gegensatz v. Buri in Goltdammer's Archiv XVII. (1869) S. 306. Vgl. auch Abhandlungen (1862) S. 130: „Nicht die Wirkung der Handlung, sondern die formelle Handlung selbst"; Goltdammer's Archiv XXV. (1877) S. 279: „eine ihrer Form oder ihrer Wirksamkeit nach von anderen Handlungen verschiedene Ausführungshandlung". S. auch die Stellen der folgenden Noten.

Digitized by Google

aus gleichgültig".[146]) Glaube man auch, die dem Begriffe des Delikts entsprechende Handlung gefunden zu haben, „so kann sie doch nicht vermöge ihrer formalen Erscheinung, sondern nur vermöge ihrer konkreten Ursachlichkeit die Thäterschaft begründen".[147])

Dieser Einwand trifft die hier aufgestellte Ansicht von vornherein nicht. Denn uns ist eben die Thatbestandshandlung zugleich die verursachende Handlung. Nicht lediglich wegen ihrer formellen Verschiedenheit von anderen Handlungen sehen wir in der Thatbestandshandlung die Ausführungs- und damit die Thäterhandlung, sondern wegen ihrer gleichzeitig gegebenen materiellen Verschiedenheit von andern Handlungen, wegen ihrer hervorragenden Wirksamkeit: weil sie die den verbrecherischen Erfolg verursachende ist.

Bald auch hat man gegen die Identificierung der Ausführungshandlung mit der Thatbestandshandlung geltend gemacht, man stelle sich unter der letzteren offenbar eine solche Handlung vor, welche geeignet sei, den fraglichen Verbrechenserfolg in abstracto herzustellen, während es doch lediglich auf den in concreto vorliegenden Verbrechenserfolg und die ihn verursachende Handlung ankomme und ankommen könne.

Es ist wiederum hauptsächlich v. Buri, welcher diesen Einwand in seinen verschiedenen Schriften immer von Neuem wiederholt. Man vergleiche:

Abhandlungen (1862) S. 129:

„So gehört z. B. zum Verbrechen der Tötung in abstracto nur die

---

[146]) So v. Buri in Goltdammer's Archiv XXV. (1877) S. 278, 279. Vgl. Denselben im Gerichtssaal XXV. (1873) gegen Hälschners Unterscheidung von Urhebern und Gehülfen, je nachdem die zum gesetzlichen Thatbestand des Verbrechens wesentlich erforderliche Thätigkeit vorgenommen sei oder nicht: „Ist aber die Wirksamkeit des Urhebers und Gehülfen für die begangene That die nämliche, so kann das von Hälschner aufgestellte Unterscheidungszeichen nur eine formelle — von der Gestalt der Handlung, nicht von deren Wirksamkeit abgeleitete — Bedeutung haben. Inwiefern man jedoch berechtigt sei, diese lediglich formelle, also in Hinsicht auf die Ausführung der That, auf welche es allein ankommen kann, ganz irrelevante Verschiedenheit den Begriffen von Urheberschaft und Beihülfe zu Grunde zu legen, diesen Nachweis hat Hälschner nicht angetreten." Vgl. ferner v. Buri, Kausalität (1885), S. 53 gegen Geyer's Ansicht, wonach Thäter Der sei, in dessen Handlung allein schon der Thatbestand des Verbrechens sich darstelle, während Jeder, der sich anders am Verbrechen beteilige, Gehülfe sei: „Man kann überhaupt zu der bezeichneten Unterscheidung nur dann gelangen, wenn man der Frage nach der Verursachung die Form der Begehung des Delikts substituiert. Allein eine aus der Form der Handlung hergeleitete Verschiedenheit kann keine Bedeutung beanspruchen, weil sie eben weder die Verursachung noch die Schuld berührt." — Ähnlich jetzt auch Kohler, Studien aus dem Strafrecht I. (Mannheim 1890) — ein Werk, das mir soeben durch die Güte des Verfassers zukommt und dessen hier einschlagende höchst anregende Abschnitte über „Kausalismus und Urheberschaft", „Mitthäterschaft und Beihülfe", „Anstiftung" ich daher leider nicht mehr gebührend würdigen kann — auf S. 93.

[147]) So v. Buri, Kausalität (1885) S. 46.

Digitized by Google

animo necandi geschehene Zufügung einer tötlichen Wunde. Wer diese Handlung in concreto unternommen hat, ist (scil. nach der v. Buri bekämpften Ansicht) Urheber des vorliegenden Verbrechens der Tötung. Alle übrigen für den konkreten Erfolg etwa noch weiter begangenen Handlungen, wenn also Jemand den Getöteten vorerst wehrlos gemacht, ein Anderer ihn zu Boden geworfen, ein Dritter ihm die Hände gehalten hat, fallen dem Begriffe der Beihülfe anheim, denn das Wehrlosmachen, das Niederwerfen und Festhalten gehören, obwohl sehr wesentlich zu der wirklich vorliegenden Rechtsverletzung, doch nicht zu dem abstrakten Begriff dieser Rechtsverletzung. . . . . Allein man ist zu dieser Manipulation wegen Mangels eines Kausalzusammenhangs zwischen der Handlung und dem abstrakten Erfolge durchaus nicht berechtigt."

Gerichtssaal XXV. (1873) S. 242 ff. und Zeitschrift f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 266 oben, S. 281 (gegen Hälschner).

Goltdammer's Archiv XXV. (1877) S. 279, 310.

Kausalität (1885) S. 45 ff.:

„Man kann diese Auffassung nur so verstehen: zur Ausführung des Verbrechens z. B. der Tötung ist nach seinem gesetzlichen Begriffe ein Stechen, Schießen, Schlagen u. s. w., zur Ausführung einer Brandstiftung das Anlegen von Zündmaterial notwendig und sonach wesentlich. Wer also in concreto gestochen u. s. w., den Zündstoff angelegt hat, ist Thäter, alle übrigen Wirksamkeiten aber sind, weil sie nicht das gesetzliche Merkmal des Verbrechens verursachen und vielmehr in concreto nur seine Verwirklichung ermöglichen, außerwesentliche und sonach beihelfende. Man soll also unter den mehreren Handlungen, welche den Erfolg herbeigeführt haben, die dem Begriffe des Delikts entsprechende als die vorzüglichste und von allen übrigen absolut verschiedene herausuchen. Glaubt man nun aber auch, diese Handlung gefunden zu haben, so kann sie doch nicht vermöge ihrer formalen Erscheinung, sondern nur vermöge ihrer konkreten Ursachlichkeit die Thäterschaft begründen."

Allein auch dieser Einwand trifft uns nicht. Denn wir verstehen unter der Ausführungs- oder Thatbestandshandlung, an welcher der Mitthäter Teil nehmen muß, gerade die Handlung, welche den konkreten verbrecherischen Erfolg herbeiführt,[148]) genau wie v. Buri, nur mit dem Unterschied, welchen unsere verschiedenen Kausalitätstheorien bedingen: während uns nur das Setzen der überwiegenden Bedingungen des Erfolges den Erfolg verursacht und daher Ausführungs- oder Thatbestandshandlung ist, verursacht nach v. Buri das Setzen einer jeden Bedingung

[148]) Was uns aber nicht hindern kann, in dem Anfang der Ausführung beim Versuch eine abstrakte Kausalität zu sehen. Von einer konkreten Kausalität kann hier nicht geredet werden. Die Leugnung aber der abstrakten Kausalität fällt zusammen mit der Leugnung einer objektiven Möglichkeit, einer in den Thatsachen begründeten Wahrscheinlichkeit eines Erfolges, mit der Leugnung eines objektiven Zustandes der Gefahr, mit welchem überdies unser geltendes Strafrecht durchgängig operiert.

Digitized by Google

des Erfolges den ganzen Erfolg und ist ihm daher Ausführungs- oder Thatbestandshandlung. Nach uns begehen ebendeswegen nur Thäter und Mitthäter, nach ihm auch die Anstifter und Gehülfen die Ausführungs- oder Thatbestandshandlung.[149])

§ 41.

So gilt es denn nur noch zu zeigen, daß wirklich auch unserem positiven Recht die Ausführungshandlung mit der Thatbestandshandlung identisch ist, und dies ist bewiesen, sobald ihm die Thatbestandshandlung zusammenfällt mit der den verbrecherischen Erfolg verursachenden Handlung; denn letztere ist eben, wie oben in § 39 gezeigt, die Ausführungshandlung im Sinne des Gesetzes.

Nun ist der gesetzliche Thatbestand des einzelnen Verbrechens nur eine Anwendung des allgemeinen Verbrechensthatbestandes. Zu letzterem aber gehört stets ein verbrecherischer Erfolg, ein Objekt, an welchem derselbe hervorgebracht wird, und eine menschliche Handlung, welche ihn an diesem Objekt verursacht. Die im gesetzlichen Thatbestand des einzelnen Verbrechens genannte Thätigkeit muß also diejenige sein, welche das Gesetz als die den Erfolg dieses Verbrechens verursachende betrachtet.

Zum nämlichen Resultat führt uns auch folgende Erwägung: Das Gesetz droht seine Strafen im besonderen Teil dem vollendeten Verbrechen an. Vollendet ist das Verbrechen, wenn der rechtsverletzende oder -gefährdende Erfolg hervorgebracht ist, gegen den das Rechtsgut geschützt werden soll. Wenn also die einzelnen Paragraphen des besonderen Teiles bestimmte Handlungen näher bezeichnen, auf die sie ihre Strafen setzen, so müssen das diejenigen Handlungen sein, welche nach der Ansicht des Gesetzes geeignet sind, den verpönten Erfolg hervorzubringen, d. h. also, welche nach der Auffassung des Gesetzes für denselben verursachend sind.

Völlig klar tritt dies denn auch zu Tage in denjenigen Paragraphen des besonderen Teils unseres R.-Str.-G.-B., wo uns das Gesetz die Thatbestandshandlung durch Verba bezeichnet, welche von vornherein nichts anderes bedeuten, als den verpönten Erfolg hervorbringen.[150]) So bedeutet töten, abtreiben, an der Gesundheit beschädigen, eine Sache zerstören, in

[149]) Vgl. die oben in Note 143 abgedruckte Stelle aus v. Buri's Abhandlungen, deren Schluß vollständig lautet: „denn alle Handlungen, welche eine Wirksamkeit für das Verbrechen geäußert haben, sind Ausführungshandlungen, und alle solche Handlungen gehören zum Thatbestand des Verbrechens."

[150]) Es ist, so viel ich sehe, das Verdienst von Lammasch, zuerst (in seiner vortrefflichen Abhandlung „Handlung und Erfolg" in Grünhut's Zeitschr. IX. S. 271 ff.) auf die Wichtigkeit dieser Ausdrucksweise aufmerksam gemacht zu haben. Vgl. jetzt auch Kohler lc. S. 93, 94.

Digitized by Google

Brand setzen u. s. w. von Haus aus nichts anderes, als den Tod, die vorzeitige Geburt, den Schaden an der Gesundheit, den Untergang der Sache, den Brand u. s. w. verursachen,[151]) und wenn also das Gesetz jene Verba in den §§ 211 ff., 218 ff., 223, 303 ff., 306 ff. u. s. w. zur Bezeichnung der Thatbestandshandlung wählt, so drückt es damit direkt seinen Willen aus, in der Thatbestandshandlung die den verpönten Erfolg verursachende Handlung zu nennen. Nichts anderes aber bezweckt es auch, wenn es zur Bezeichnung der Thatbestandshandlung Ausdrücke wählt, welche wie das: bedrohen, falsch schwören, aussetzen, wegnehmen, behaupten von Thatsachen u. s. w. lediglich die auf den Erfolg hinzielende Thätigkeit selbst beschreiben, ohne in diese Beschreibung den Erfolg der Thätigkeit mit aufzunehmen. Auch in diesen Fällen will das Gesetz die im Thatbestand genannte Handlung als diejenige hinstellen, welche für den verpönten Erfolg kausal ist; und der Unterschied zwischen den beiden Kategorien[152]) von Fällen besteht nur darin, daß das Gesetz in der zweiten Kategorie uns nötigt, die von ihm genannte Thätigkeit als die den Erfolg verursachende zu betrachten, in der ersten Kategorie aber es uns überläßt, an der Hand der richtigen Kausaltheorie die den verpönten Erfolg verursachende Thätigkeit[153]) selbst ausfindig zu machen.

Betrachtet sonach unser positives Recht die von ihm benannten Thatbestandshandlungen stets als die den verpönten Erfolg verursachenden, so fallen sie mit den Ausführungshandlungen zusammen, wie denn auch die französische Doktrin die actes d'exécution identifiziert mit dem actes constitutifs du délit.[154])

---

[151]) Vgl. z. B. mit der Fassung der §§ 211 ff. R.-Str.-G.-B.: „Wer tötet" die Fassung der art. 228 ff. des bayer. Str.-G.-B. von 1861: „Wer den Tod verursacht", und die nämliche Fassung im R.-Str.-G.-B. selbst § 222.

[152]) Über die Zugehörigkeit einzelner Thatbestandshandlungen zu der einen oder anderen Kategorie kann gestritten werden; auch die im Text gewählten Beispiele mögen nicht unanfechtbar sein. Die Richtigkeit der Scheidung selbst wird dadurch nicht berührt.

[153]) Und zwar die den verpönten Erfolg in concreto, nicht in abstracto verursachende Thätigkeit. Ich bin (s. oben Text zu Note 148) völlig einverstanden mit v. Buri, wenn derselbe in seiner Kausalität (1885) S. 46 vom R.-Str.-G.-B. ausführt: „Dasselbe sagt keineswegs, nur derjenige begehe den Mord als Thäter, welcher schlage, steche u. s. w., sondern es stellt sich auf den Standpunkt der Vollendung und bestraft denjenigen, durch dessen Wirksamkeit der Tod eines Menschen, gleichviel in welcher Weise verursacht worden ist." Eine Begrenzung des „gleichviel in welcher Weise" wird nur durch den Ursachenbegriff gegeben. Nach meiner Kausaltheorie würde also Derjenige einen Menschen töten, welcher durch sein Verhalten die wirksamste Bedingung seines Todes setzt. — Diese ganze Deduktion scheint v. Buri im Gerichtssaal XLII. S. 267 entgangen zu sein.

[154]) Vgl. insbesondere Ortolan, lc. n. 988 p. 447: Du moment que l'agent en est venu aux actes d'exécution, cet agent est entré dans le délit même défini par la loi; n. 1010 p. 458: Ainsi .... pas de doute non plus, du moment que l'agent a commencé l'acte même qui, suivant la definition de la loi, con-

Digitized by Google

Die Worte des § 47 R.-Str.-G.-B. „Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen", sind also gleichbedeutend mit „Wenn Mehrere die gesetzliche Thatbestandshandlung eines Verbrechens gemeinschaftlich verüben".

§ 42.

Mehrere führen eine strafbare Handlung gemeinschaftlich aus, wenn ein Jeder von ihnen einen Teil der Ausführungshandlung verübt, wenn also Jeder von ihnen die Thatbestandshandlung teilweise vornimmt, den verpönten Erfolg zum Teil verursacht. Das R.-Str.-G.-B. operiert hier im strikten Gegensatz zur v. Buri'schen Kausaltheorie mit der Teilbarkeit des Erfolges, wie dies auch v. Buri selbst unumwunden einräumt.[155]) Wir haben also nach dem R.-Str.-G.-B. den Mitthäter mit v. Liszt, Lehrbuch (3. Aufl.) § 50 sub I. zu definieren als Denjenigen, welcher an der Ausführungshandlung Teil genommen hat.[156]) Wir denken uns dieses gemeinschaftliche Ausführen zunächst in Zahlen veranschaulicht so: Der verpönte Erfolg sei gleich 12, seine Bedingungen gleich $7 + 3 + 2$. Dann ist die 7 die überwiegende, die wirksamste Bedingung, also die Ursache des Erfolges im Sinne des Strafrechts. Besteht sie in einer menschlichen Handlung, dann ist diese die Ausführungs- und Thatbestands-

---

stitue le délit . . . . . chacun s'accordera encore à dire ici qu'il y a acte d'exécution; n. 1012 p. 459: Nous poserons bien en règle ordinaire que le commencement d'exécution . . . . . est le commencement de l'acte même constitutif du délit, et non le commencement, ni même l'accomplissement en entier des actes préliminaires qui y conduisent.

[155]) Kausalität (1885) S. 42 ff.; s. bes. S. 45 oben „wenn der Einzelne wirklich nur einen Teil des Ganzen verursacht" scilicet wie das die dem Str.-G.-B. zu Grunde liegende Theorie annimmt; S. 47 vv.: „Denn an und für sich verursacht Jeder ja nur seinen Anteil am Erfolge"; und ganz direkt S. 48 und S. 55 s. oben Note 100.

[156]) Nur verstehen wir unter der Ausführungshandlung wohl etwas Anderes als v. Liszt. Er definiert in § 45 sub II., § 50 sub I. und § 52 sub I. seines Lehrbuches (3. Aufl.) die Ausführungshandlung als „die letzte entscheidende Thätigkeit im Gegensatze zu jenen Handlungen, welche die Begehung vorbereiten oder befördern." Soferne er unter der letzten entscheidenden Thätigkeit die verursachende Handlung verstehen würde, würde unsere Meinungsdifferenz freilich nur mehr den Begriff der Ursache betreffen. Sie wäre dann nicht größer als die zwischen mir und Ortmann: vgl. meinen Ursachenbegriff Note 92 und Note 104. Allein da v. Liszt Anhänger der v. Buri'schen Kausalitätstheorie ist (s. oben Note 22), so kann der von ihm in den eben ausgeschriebenen Worten statuierte „Gegensatz" nicht zusammenfallen mit dem Gegensatz von Ursache und Bedingung, vielmehr nur eine Gegenüberstellung rein formaler Natur bedeuten, eine blos zeitliche Verschiedenheit zwischen Ausführungs- und andern Handlungen, ähnlich wie schon Stübel als nahe Teilnahme (gleich Mitthäterschaft) alles während der Verübung, als entfernte Teilnahme (gleich Beihülfe) alles vor oder nach der Verübung Gethane bezeichnete (wogegen Berner, Teilnahme, S. 189). Dann würde ich mich gegen v. Liszt auf das oben zu Note 145 ff. Ausgeführte zu beziehen haben. Vgl. gegen v. Liszt's Ausführungshandlung auch v. Buri, Kausalität (1885), S. 57, 58.

Digitized by Google

handlung. Und haben sich nun an dieser Mehrere beteiligt, etwa so: $(3+4)+3+2=12$, so haben die durch $(3+4)$ Bezeichneten die Verursachung des Erfolges 12 zusammen gesetzt, das Verbrechen 12 gemeinschaftlich ausgeführt, sind also Mitthäter.[157]) Oder um nun an Stelle dieser Zahlen konkrete menschliche Handlungen und deren Erfolge zu setzen, so würden wir von Mitthäterschaft in folgenden Fällen reden: A. und B. tragen dem C. seinen feuerfesten Geldschrank oder sein Pianino[158]) davon. Keiner von beiden konnte die Sache allein „wegnehmen". Die Thatbestands- und Ausführungshandlung mußte also von Beiden zusammen verübt, der Diebstahl gemeinschaftlich ausgeführt werden.[159]) — D. und E. teilen sich so in die Ausführung der Vergiftung des F., daß jeder von ihnen dem F. eine Dosis Gift reicht, welche an sich nicht im stande wäre, den Erfolg des Todes hervorzubringen, während beide Gaben zusammenwirkend den F. töten.[160]) — Die „schwere" Körperverletzung des J. ist durch Verletzungen seitens des G. und des H. herbeigeführt worden, „welche dieselbe nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben".[161])

Unsere Auffassung des „gemeinschaftlich ausführen" bedarf nun noch einer Präzisierung und Befestigung in verschiedenen Punkten.

§ 43.

Auch solche Schriftsteller, welche in der Auffassung des „Ausführen" mit uns übereinstimmen, weichen von unserer Auffassung des „gemeinschaftlich" insoferne ab, als sie ein gemeinschaftliches Ausführen des Ver-

[157]) Wie viel der einzelne Mitthäter wieder zur Ausführung beigetragen hat, ist gleichgültig. Genug, wenn er nur an der Ausführung selbst Teil genommen hat. Wenn also A. und B. gemeinschaftlich einen Baum rechtswidrig fällen, dann mag immerhin die von A. geleistete Arbeit zu der des B. sich wie 2 : 1 verhalten: genug daß Beide an der Ausführungshandlung selbst, dem Fällen des Baumes, beteiligt waren und dieses nicht von Einem allein bewirkt wurde. Dies zur Verteidigung gegen Adolf Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 104 unten.

[158]) Dieser Fall ist hier in München in der letzten Zeit mehrmals praktisch geworden. In früher Morgenstunde fanden sich die Diebe in der Wohnung des noch in tiefem Schlafe liegenden zu Bestehlenden ein, erklärten dem Dienstmädchen, daß sie von der Pianofortehandlung geschickt seien, um das Pianino zur Reparatur abzuholen, und trugen es dann unbehelligt aus dem Hause.

[159]) So aufgefaßt, hat unser § 47 sein Vorbild schon in der l. 21 § 9 D. de furtis 47, 2, wo Ulpian entscheidet: Si duo pluresve unum tignum furati sunt, quod singuli tollere non potuerint, dicendum est, omnes eos furti in solidum teneri.

[160]) Auch hier wieder macht es nichts aus, wenn die Dosis des Einen größer war, als die des Andern: gegen A. Merkel a. a. O.

[161]) Es ist der im Text genannte Fall hinsichtlich der Beteiligung Mehrerer an der Verursachung eines verbrecherischen Erfolges ganz gleich gelagert mit dem Fall des § 227 Abs. 2 R.-Str.-G.-B., nur daß bei letzterem die subjektiven Erfordernisse der Mitthäterschaft fehlen. Über diese s. unten im zweiten Kapitel.

Digitized by Google

brechens durch Mehrere auch dann annehmen, wenn Jeder der Mehreren schon für sich betrachtet den ganzen Erfolg verursacht. Ich nenne statt vieler Anderer Olshausen in der zweiten Auflage seines Kommentars. Ihm besteht wie uns „die Ausführung eines Verbrechens in der Vornahme der Gesamtheit derjenigen Handlungen, die zur Erfüllung des Thatbestandes des Verbrechens nothwendig sind“ (§ 47 sub 4 mit § 43 sub 12); ihm ist wie uns „Thäter eines Verbrechens derjenige, der den im Gesetz vorgesehenen Thatbestand des Verbrechens ausführt“, also den zum Verbrechensthatbestand gehörigen Erfolg verursacht (Vorbem. zum Abschnitt „Teilnahme“ sub 5); ihm giebt es wie uns „ohne Beteiligung an einer Ausführungshandlung keine Mitthäterschaft“ (§ 47 sub 4). Allein das „gemeinschaftlich“ des § 47 legt er dahin aus, daß damit nur „vorzugsweise“ an den Fall gedacht sei, „daß der gesamte Thatbestand seitens Keines der Beteiligten allein, sondern vielmehr nur durch ihr Zusammenwirken ausgeführt worden“ ist. Nach der Wortfassung des § 47 sei anzunehmen, daß derselbe daneben das einverständliche Zusammenwirken Mehrerer auch dann als Mitthäterschaft angesehen wissen wolle, „wenn Jeder den gesamten Thatbestand durch seine Thätigkeit erfüllt“ (§ 47 sub 8).

Dies muß entschieden bestritten werden.[162]) Schon der Wortsinn des „gemeinschaftlich“ schließt diesen letzteren Fall vom Bereich des § 47 aus. Wenn von Mehreren Jeder den gesamten Thatbestand eines Verbrechens durch seine Thätigkeit allein erfüllt, also das ganze Verbrechen schon für sich ausführt, den ganzen Erfolg schon seinerseits verursacht, dann liegt kein gemeinschaftliches Ausführen mehr vor, welches nach dem Satze concursu partes fiunt eine Teilung der Verursachung des Ganzen fordert, sondern ein mehrfaches Ausführen, daher man diesen Fall im Unterschied von der Mitthäterschaft passend Mehrthäterschaft nennen kann.[163]) Auch das „einverständliche“ Zusammenwirken — wenn Olshausen etwa darauf Gewicht legen wollte — vermag solch mehrfache Ausführung nicht zur gemeinschaftlichen im Sinne des Gesetzes zu machen. Vielmehr braucht das Zusammenwirken ein einverständliches eben nur dann zu sein, wenn die Zusammenwirkenden sich in die Ausführung teilen, also „gemeinschaftlich“ in dem von uns ver-

[162]) Hiermit erfährt das in Note 90 meines Ursachenbegriffes Gesagte die nötige Rektifizierung in seiner Anwendung auf die Mitthäterschaft.

[163]) Anders die Terminologie v. Liszt's, Lehrbuch § 48 sub II. 3, welcher unter Mehrthäterschaft alle Fälle „gleichwertiger Beteiligung Mehrerer an einem Verbrechen“ versteht, und innerhalb dieser Mehrthäterschaft, je nachdem sie vorsätzlich geschieht oder nicht, Mitthäterschaft und Nebenthäterschaft unterscheidet.

Digitized by Google

tretenen Sinn ausführen, wie im 2. Kapitel unten zu zeigen sein wird, übrigens auch Olshausen selbst lc. anerkennt.

Auch die Worte „eine strafbare Handlung" gemeinschaftlich ausführen verbieten den zweiten Olshausen'schen Fall unter § 47 zu subsumieren. Denn wenn Jeder von Mehreren den gesamten Thatbestand eines Verbrechens durch seine Thätigkeit erfüllt, so wird regelmäßig nicht mehr eine strafbare Handlung, sondern eine Mehrheit strafbarer Handlungen gegeben sein.

Sollte es aber auch wirklich möglich sein, diesen Fall unter die Wortfassung des § 47 mit unterzubringen, so dürften wir den § 47 trotzdem nicht auf ihn für anwendbar erklären. Denn es ist eine alte Interpretationsregel, das Gesetz nicht so auszulegen, daß es etwas völlig Überflüssiges und Selbstverständliches sagen würde. Daß aber Jeder, der durch seine Thätigkeit den gesamten Thatbestand eines Verbrechens erfüllt, „als Thäter bestraft wird", ist auch ohne ausdrückliche Bestimmung selbstverständlich. Die §§ 47 ff. haben die Aufgabe, die Teilnahme als eine besondere Schuldform zu regeln. Eine solche besondere Schuldform ist die Mitthäterschaft in unserem Sinne, insofern hier Jeder der Mitwirkenden nur einen Teil des verpönten Erfolges, und nur ihr Zusammenwirken den ganzen Erfolg verursacht. Sollte gleichwohl jeder „als Thäter" bestraft werden, so war hiezu besondere Bestimmung notwendig. Hat aber jeder der Mitwirkenden schon für sich allein den ganzen Erfolg verursacht — Mitthäterschaft im Olshausen'schen Sinne — so wird dieser Fall bereits durch die Schuldform der Thäterschaft völlig gedeckt, und war eine besondere Bestimmung überflüssig.

§ 44.

In der im Erscheinen begriffenen dritten Auflage seines Kommentars hat Olshausen seine Auffassung der „Ausführung", sowie des „Thäters" beibehalten (§ 43 sub 12; Vorbem. zum Abschnitt „Teilnahme" sub 5). Seine Auffassung des Mitthäters aber hat er nunmehr gänzlich aufgegeben. Denn er verlangt jetzt zur Mitthäterschaft nicht mehr Beteiligung an einer Ausführungshandlung, sondern nur „Mitwirkung an oder bei der Ausführung", ein Thätig-Sein bei der Ausführung, „gleichgültig, welche spezielle Thätigkeit" der Mitthäter „hierbei entwickelt", ob er z. B. bei der Ausführung eines Diebstahls nur Wache steht u. s. w. (§ 47 sub 5). Der Mitthäter braucht also nicht selbst eine Ausführungsthätigkeit zu entwickeln, eine That-

Digitized by Google

bestandshandlung vorzunehmen, es genügt Mitwirkung bei der Ausführung, „d. h. bei Vornahme der zur Erfüllung des Thatbestandes notwendigen Handlungen" scil. seitens eines Dritten.

Damit statuiert nun Olshausen, obgleich er Ursache und Bedingung unterscheidet, also in der Lage wäre, zwischen Mitthätern und Gehülfen nach ihrer Kausalität für den Erfolg zu unterscheiden, einen lediglich formalen Unterschied zwischen Beiden, der von der Kausalität ihrer Thätigkeit ganz absieht. Dagegen s. oben Nr. 156.

Zugleich ist damit ein klaffender Gegensatz zwischen den Begriffen des Thäters und des Mitthäters geschaffen: der Thäter muß eine Thatbestandshandlung vornehmen, beim Mitthäter ist dies nicht erforderlich.

Endlich aber hat sich Olshausen damit vom Gesetz entfernt. Denn dieses verlangt, daß die Mehreren „ausführen", d. h. Thatbestandshandlungen vornehmen, und nicht bloß bei der Ausführung durch Andere (besondere Thäter neben den Mitthätern?) mitwirken, indem sie irgend welche Handlungen vornehmen, die nicht zum Thatbestand gehören, sondern sich als bloße Vorbereitungshandlungen (vgl. zu § 43 sub 12) qualifizieren.

Es ist auch nicht richtig, wenn Olshausen der früher von ihm vertretenen Ansicht nunmehr die innere Begründung absprechen will. Er meint: „nimmt Jemand nur überhaupt an der Ausführung mit dem Dolus des Thäters teil, so ist gleichgültig, welche spezielle Thätigkeit er hierbei entwickelt; denn nach der Beschaffenheit seines Dolus ist ihm die Thätigkeit der übrigen Mitwirkenden ohne Weiteres zuzurechnen" (§ 47 sub 5). Dem ist entgegenzuhalten, daß Derjenige, welcher nicht selbst ausführend thätig wird, auch nicht mit dem Dolus des Thäters handeln, d. h. nach der eigenen Erklärung von Olshausen (§ 47 sub 4) „den auf Realisierung des Verbrechens als eigenen Verbrechens gerichteten Vorsatz vollständig besitzen" kann.[164]) Ein Verbrechen durch seine Handlung realisieren, also den verbrecherischen Erfolg verursachen wollen, kann nur Der, welcher seine Handlung für kausal hält, und das könnte der im Sinne Olshausen's bei der Ausführung Mitwirkende nur, wenn er sich in einem den Dolus ausschließenden Irrtum befände (vgl. oben im § 15 und unten im 2. Kapitel). Wenn Olshausen weiter unsere

[164]) Olshausen hat sich mit seiner im Text referierten Ansicht völlig auf den Boden der subjektiven Theorie verirrt: s. unten Note 259; ausschlaggebend für seine Meinungsänderung war offensichtlich die Judikatur des Reichsgerichts (vgl. unten im dritten Abschnitt zu Note 375), der er seine frühere Überzeugung preisgegeben hat.

Digitized by Google

Ansicht als praktisch undurchführbar bekämpft, weil in den Fällen der Beteiligung Mehrerer bei der Ausführung der strafbaren Handlung häufig gar nicht festzustellen ist, wer gerade die Thatbestandshandlungen vorgenommen hat, sodaß man nicht selten sämtliche Beteiligte nur wegen Beihülfe würde verurteilen können: so scheint mir das zunächst dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber, wonach alle Mitthäter „ausführen" müssen, eine Erwägung de lege ferenda. Übrigens hat das Gesetz selbst in solchen Fällen, wo die Art der Beteiligung Mehrerer an einem gemeinschaftlich bewirkten verbrecherischen Erfolg besonders schwer festzustellen wäre, Abhülfe dadurch getroffen, daß es die Beteiligung als solche mit Strafe bedroht, und folglich alle irgendwie Beteiligten gleich strafen läßt (vgl. z. B. §§ 115, 122, 124, 125 und besonders § 227 R.-Str.-G.-B.), woraus zugleich sein Wille erhellt, daß im übrigen eben einfach die Regel anzuwenden sei, daß man Jeden nur wegen derjenigen Begangenschaft verurteilen könne, die man ihm zu beweisen vermag. Endlich der Berufung Olshausen's auf die Motive gegenüber glaube ich mich auf das oben in §§ 35, 36 Ausgeführte zurückbeziehen zu dürfen.

§ 45.

Im gesetzlichen Thatbestand eines Verbrechens kann neben der Ausführungshandlung auch eine Vorbereitungshandlung zu dieser mit genannt sein. Wenn in solchem Falle mehrere Personen zur Begehung des Verbrechens derart zusammenwirken, daß die eine die Ausführungshandlung, die andere die Vorbereitungshandlung vornimmt, so qualifizieren sie sich nicht als Mitthäter, so wenig der Alleinthäter, welcher in solchem Falle etwa bloß die Vorbereitungshandlung vorgenommen hat, des Versuches schuldig ist. Es fehlt dort am „gemeinschaftlich ausführen", hier am „Anfang der Ausführung". Das Musterbeispiel für solche Fälle bildet die Urkundenfälschung des § 267 R.-Str.-G.-B. Wenn A. und B. eine Urkundenfälschung derart zusammenwirkend begehen, daß A. die Urkunde verfälscht und B. von ihr zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, so sind A. und B. nicht Mitthäter des Verbrechens des § 267, sowenig A., wenn er die Urkunde verfälschte, um selbst von ihr zum Zweck einer Täuschung Gebrauch zu machen, einen Versuch der Urkundenfälschung (der freilich nur im Fall des § 268 strafbar wäre) begangen hätte.[165]) Denn das Fälschen der Urkunde ist gegenüber dem verpönten

[165]) A. A. v. Liszt, Lehrbuch 3. Aufl. § 161 zu Note 4. S. auch die Citate daselbst in Note 4.

Digitized by Google

Erfolge, der Gefährdung des Rechtsverkehrs durch Verwendung falscher Urkunden, nur Vorbereitungs- nicht Ausführungshandlung, wie § 270 R.-Str.-G.-B. deutlich beweist.

Ganz anders, wenn der gesetzliche Thatbestand mehrere Thätigkeiten nennt, von welchen jede dem verpönten Erfolge gegenüber als Teil der Ausführung sich darstellt. Dies ist der Fall, wenn der verpönte Erfolg besteht in einem gleichzeitigen Angriff auf verschiedene Rechtsgüter, wie beim Raub auf Vermögen und „persönliche Freiheit"; oder wenn er besteht in einem vom Gesetz mit Rücksicht auf die angewandten Mittel besonders qualifizierten Angriff, wie beim Diebstahl mittels Einbrechens, Einsteigens, Anwendung falscher Schlüssel. In solchen Fällen liegt Mitthäterschaft vor, wenn das Verbrechen von Mehreren derart verübt wird, daß der Eine vergewaltigt, der Andere wegnimmt, der Eine einsteigt, der Andere stiehlt, wie auch Versuch vorliegen würde, wenn Einer allein vergewaltigt hätte oder eingestiegen wäre, *um* wegzunehmen. Der verpönte Erfolg ist in diesen Fällen ein durch das vom Gesetz bezeichnete Mittel qualifizierter Eingriff in die Vermögenssphäre eines Andern. Dieser Erfolg kann nicht durch einfaches Wegnehmen, sondern nur durch das der gesetzlichen Schilderung entsprechend geeigenschaftete Wegnehmen verursacht werden. Die Verursachung beim Raub geschieht durch gewaltsame Wegnahme, die Verursachung beim schweren Diebstahl durch Wegnahme mittels Einsteigens, Einbrechens u. s. w. Die Wegnahme mit ihrer gesetzlichen Qualifikation zusammen bildet Eine Thatbestandshandlung. Die beiden Thätigkeiten, die das Gesetz verlangt, sind hier nicht wie bei der Urkundenfälschung im Thatbestand als zwei selbständige Handlungen gehäuft, sondern sie sind zu Einer Handlung verschmolzen. Wer vergewaltigt, wer einsteigt, einbricht, falsche Schlüssel anwendet, der hat so gut, wie wer wegnimmt, einen Teil dieser Handlung verübt, der hat teilweise verursacht, teilweise ausgeführt.

Gewöhnlich werden die beiden soeben geschiedenen Fälle nicht auseinander gehalten. Die herrschende Meinung, welche die ganze Frage meist nur beim Versuch ventiliert, geht bezüglich ihrer *aller* dahin, daß die Vornahme *jeder* im gesetzlichen Thatbestand eines Verbrechens genannten Handlung bereits Teil der Ausführung sei.[166]) Das vorstehend

[166]) Vgl. über unsere Frage z. B. Stübel, Thatbestand (1805) § 30; v. Seckendorf, Über den nahen und entfernten Versuch zusammengesetzter strafbarer Handlungen, insbes. des ausgezeichneten Diebstahles, im N. A. d. Kr.-R. Bd. 2 (1818) S. 348 ff.; Zachariae, Versuch I. (1836), S. 203 Anm. 2; Derselbe in Goltdammer's Archiv V. (1857) S. 579; Mittermaier im Gerichtssaal XI. Jahrg. 1859 S. 223 ff.; v. Buri, Abhandlungen (1862) S. 130; H. Meyer, Lehrbuch 4. Aufl. (1886) § 30

Digitized by Google

Erörterte dürfte vielleicht im stande sein, einerseits die versuchte Scheidung zu rechtfertigen, andererseits den — nach dem Vorgang Anderer[167]) — von v. Buri bezüglich der ausgezeichneten Verbrechen gegen die herrschende Meinung erhobenen Einwand zu beseitigen.[168])

§ 46.

Das soeben bezüglich der ausgezeichneten und der zusammengesetzten Verbrechen Gesagte muß wie folgt verallgemeinert werden: Überall wo sich auf Grund des (Wortlautes oder Sinnes des) Gesetzes mehrere — natürlich betrachtet selbständige — Thatakte zu einer einheitlichen Thatbestandshandlung zusammenschließen, da sind Diejenigen, welche zusammenwirkend dergleichen Thatakte mit dem erforderlichen Dolus (s. unten 2. Kapitel) vornehmen, Mitthäter im Sinne des § 47 R.-Str.-G.-B., weil sie die einheitliche Thatbestandshandlung „gemeinschaftlich ausführen". An solche Fälle denkt v. Buri, wenn er von „gesetzlicher Einheit des Erfolges" bei einer Mehrzahl von Handlungen redet[169]); solche Fälle meint v. Liszt, wenn er von juristischer Handlungs-Einheit spricht.[170])

S. 259 zu Note 25; v. Liszt, Lehrbuch 3. Aufl. (1888) § 45 sub II. S. 197, § 51 S. 212, § 126 S. 411, § 129 S. 422, § 161 S. 507 zu Note 4; Oppenhoff, Kommentar zu § 43 sub 6; Olshausen, Kommentar 3. Aufl. (1889) zu § 43 sub 14, 18. Das deutsche Reichsgericht hat die Frage noch nicht prinzipiell zum Austrag gebracht; s. die Urteile vom 2. Oktober 1882 R. IV. 723 **[65]** und vom 2. Juni 1885 R. VII. 341 **[99]**. — S. auch über die Ansichten der französischen Theorie und Praxis: Goltdammer, Materialien zum preußischen Str.-G.-B. I. S. 263 ff.; und neuerdings Ortolan lc. p. 459 n. 1011 sqq.

[167]) Vgl. insbes. Mittermaier, Gerichtssaal 1859 S. 225. Vielfach berief man sich früher auch gegen unsere Ansicht auf die l. 21 § 7 D. de furtis 47. 2.

[168]) Kausalität (1885) S. 126 sagt v. Buri: „Fordert der Versuch des einfachen Diebstahls, daß die Hand vergeblich nach dem wegzunehmenden Gegenstand ausgestreckt worden sein müsse, so wird es schwerlich begründet werden können, daß, im Falle der Dieb ohne Erfolg bemüht gewesen war, den in das Schloß eingeführten falschen Schlüssel herumzudrehen, die Ausführung des Diebstahls bereits angefangen sei. Denn das Wesen des Verbrechens erleidet dadurch keine Veränderung, daß ihm eine Qualifikation beigefügt wird." Ähnlich Kausalität (1873) S. 114 [gegen Schütze]; Goltdammer's Archiv XXV. (1877) S. 313 [gegen Oppenhoff].

[169]) Er schildert diese Fälle im Gerichtssaal XXXV. (1883) S. 525 mit den Worten, daß „das Gesetz aus mehreren gleichartigen oder auch ungleichartigen Deliktsbegriffen eine Einheit konstruiert"; er bezeichnet sie in seiner Kausalität (1885) S. 87 mit der Formel, daß „vielfach das Gesetz durch seine Wortfassung darauf hingewiesen habe, daß eine Mehrzahl von Handlungen und Erfolgen, welche von ihm anderweit als selbständige Delikte behandelt würden, unter besonderen Umständen eine Einheit darstellen sollten", und nennt auf S. 90 ff. als Beispiele solcher „gesetzlicher Einheiten" den Bankbruch, die Kollektivdelikte, das fortdauernde Verbrechen. Vgl. auch seine Einheit und Mehrheit (1879) S. 38 ff.

[170]) Er schildert sie in seinem Lehrbuch § 56 mit den Worten: „Eine Mehrheit natürlicher Handlungen kann durch juristische Abstraktion zu einer künstlichen Handlungseinheit zusammengefaßt werden" und nennt als Beispiele: das fortdauernde, das fortgesetzte, das zusammengesetzte Verbrechen; das Kollektiv-Delikt, den Bankbruch ꝛc.

Digitized by Google

Der hierher gehörige Hauptfall ist der des fortgesetzten Verbrechens.[171]) A., B. und C. können als Mitthäter Einer fortgesetzten Wechselfälschung erscheinen, wenn — das nötige subjektive Band unter ihnen vorausgesetzt: s. unten 2. Kapitel — von den drei das fortgesetzte Verbrechen bildenden Fälschungen der A. die eine, der B. die zweite, der C. die dritte begangen hat. Ein hierher gehöriges Beispiel liefert auch der § 223 a R.-Str.-G.-B., insofern er als gefährliche Körperverletzung die mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangene bedroht. Unter „Behandlung" werden wir eine Mehrheit von Handlungen, wenn nicht ausschließlich so doch mit, zu verstehen haben. Teilen sich mehrere Personen durch Vornahme je einer entsprechenden Einzelhandlung in diese Behandlung, so haben sie die gefährliche Körperverletzung gemeinschaftlich ausgeführt und sind daher als Mitthäter aus § 47 mit § 223 a in fine zu strafen. —

§ 47.

Es hat sich aus alle dem gezeigt, wie wenig der § 47 R.-Str.-G.-B. in Wahrheit der Behauptung der Motive entspricht, daß „nicht sowohl das Maß und die Bedeutung der Mitwirkung zu der That, als vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen, das wesentlich entscheidende Moment" im Begriff der Mitthäterschaft bilde.[172])

Es kann aber auch, der entwickelten richtigen Auslegung des § 47 gegenüber, nicht zugegeben werden, daß derselbe zu unhaltbaren Konsequenzen führen müsse;[173]) noch daß er, so ausgelegt, praktisch kaum anwendbar sei;[174]) noch daß er überhaupt unverständlich

[171]) v. Buri freilich schließt (vgl. oben Note 88) gerade das fortgesetzte Verbrechen von seinen „gesetzlichen Einheiten" aus. Denn nur das Gesetz selbst, nicht aber die Willkür des Thäters könne eine solche Einheit schaffen: Gerichtssaal lc. S. 525. — Freilich ist es vollkommen richtig, daß nur das Gesetz uns berechtigen kann, in der Gleichung $(3+4)+3+2=12$ die Faktoren $3+4$ durch eine Klammer zusammenzuschließen, und so die Urheber der betreffenden Bedingungen des Erfolges 12 zu Mitthätern zu stempeln (s. oben zu Note 157). Allein auch beim fortgesetzten Verbrechen fußen wir m. E. wenigstens auf dem Sinn des Gesetzes, wenn wir alle den Gesamterfolg erzeugenden Einzelhandlungen zur Einheitshandlung zusammenschließen. Dies näher zu begründen, ist hier kein Anlaß gegeben.

[172]) Vgl. denn auch hier wieder den Hauptvertreter der subjektiven Teilnahmetheorie selbst, v. Buri, Kausalität (1885) S. 50 unten: „Es ist aber auch nicht der Fall, daß die gemeinschaftliche Ausführung des § 47 die von den Motiven im Eingange angedeutete subjektive Bedeutung nach dem Charakter der Mitwirkung der Einzelnen — nämlich eben nach der Verschiedenheit zwischen eigner und fremder Absicht — habe"; und das direkte Zugeständnis S. 61 daselbst, daß der Begriff der Mitthäterschaft im Sinne der subjektiven Theorie mit § 47 des Str.-G.-B. nicht übereinstimme.

[173]) v. Buri a. a. O. S. 51.

[174]) v. Buri, Kausalität (1873) S. 121; Gerichtssaal XXV. S. 248; Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 281; Kausalität (1885) S. 54; auch Olshausen oben nach Note 164.

Digitized by Google

sei;[175]) am allerwenigsten aber kann das Urteil Geyer's als richtig anerkannt werden, der den § 47 cit. einen „unglückseligen, überflüssigen" genannt hat.[176])

2. Das „Hülfe leisten" des § 49 R.-Str.-G.-B.

§ 48.

Auch gegen diese Charakterisierung der Beihülfe gegenüber der Mitthäterschaft erhebt v. Buri den Vorwurf, § 49 lasse uns darüber im Unklaren, was unter einem Hülfeleisten verstanden werden soll, und seine Definition sei daher unbrauchbar.[177]) Allein Zweifel läßt die Definition des § 49 doch nur dann übrig, wenn man in der subjektiven Teilnahmetheorie, als der vermeintlich allein richtigen und möglichen, befangen ist; diese Theorie allerdings, welche jede Mitwirkung zum Verbrechen für objektiv gleichwertig erklärt und das Wesentliche der Beihülfe in der Unterordnung des Gehülfenwillen unter den Urheberwillen erblickt, würde im § 49 einen höchst unklaren und unbrauchbaren Ausdruck gefunden haben. Für einen Vertreter der objektiven Teilnahmetheorie bietet die Definition des Gehülfen im § 49 keine Schwierigkeit. Wir können v. Buri selbst das Wort zur Interpretation geben: „Objektiv betrachtet," so sagt er treffend in seiner Kausalität (1885) S. 49, 50, „leistet derjenige Hülfe, dessen dem Urheber zu Gebote gestellte Mitwirksamkeit geringerwertig ist als die urheberische". Sofort scheint uns für eine unbefangene Gesetzesauslegung folgende Argumentation geboten: Wenn denn der § 49 R.-Str.-G.-B. das Wesen der Beihülfe, so wie es nach der subjektiven Theorie ist, völlig ungenügend (oder vielmehr gar nicht) zum Ausdruck bringt, hingegen vom Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie aus einen vollkommen klaren und guten Sinn ergiebt, so haben wir anzunehmen, daß das R.-Str.-G.-B. in seiner Definition der Beihülfe sich auf den Boden der objektiven Teilnahmetheorie stellen wollte. Daß es dies aber in der That wollte, zeigt ferner der rein objektive Gegensatz, in welchen das R.-Str.-G.-B. in §§ 47 und 49 den Mitthäter und den Gehülfen, in § 49 selbst und in einer Anzahl anderer

[175]) So v. Buri, Kausalität (1873) S. 102 und im Gerichtssaal XXV. S. 253 unten.

[176]) Grundriß I. § 41 sub I. 2 S. 141; s. auch v. Buri im Gerichtssaal XXV. S. 255 vv.: „die Nichtverhinderung einer richtigen Behandlung der Teilnahme wäre noch sicherer gestellt, wenn § 47 in dem Str.-G.-B. ganz fehlte."

[177]) Kausalität (1873) S. 102. Vgl. Kausalität (1885) S. 49 unten, wo er von den Motiven sagt: „Zwar betonen dieselben, daß der Gehülfe zur That Hülfe leiste, aber man weiß nicht, was unter Hülfeleistung verstanden werden soll."

Digitized by Google

§§[178]) den Thäter und den Gehülfen stellt: der Thäter begeht das Verbrechen, indem er es ausführt; der Mitthäter nimmt an der Ausführung Teil; der Gehülfe leistet zur Begehung Hülfe. Und daß es die objektive Teilnahmetheorie adoptieren wollen mußte, ist endlich die Konsequenz seiner Kausaltheorie: es weiß nichts von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen eines Erfolges für denselben, es verwirft dieselbe und anerkennt eine Verschiedenheit von Bedingungen und Ursache eines Erfolges (oben § 31): dann mußte es aber logisch konsequent die objektive Teilnahmetheorie sanktionieren (oben § 3 S. 11 und § 32).

Und so giebt denn auch v. Buri selbst zu, daß der § 49 R.-Str.-G.-B. auf dem Boden der objektiven Teilnahmetheorie stehe.[179])

§ 49.

Demnach haben wir also das Charakteristische der Beihülfe des § 49 R.-Str.-G.-B. näher bezeichnet darin zu finden: der Gehülfe setzt von den Bedingungen, deren Zusammenwirken den verbrecherischen Erfolg hervorbringt, nur untergeordnete, während die wirksamste vom Thäter, bezw. von mehreren Mitthätern gemeinschaftlich, gesetzt wird;[180]) der Gehülfe hat keinen Teil an der Ausführungshandlung, er unterstützt vielmehr nur, er ermöglicht oder befördert die Ausführung des Thäters resp. der Mitthäter;[181]) der Gehülfe verursacht nicht den verbrecherischen Erfolg,[182]) er überläßt die Verursachung dem Thäter, den Mitthätern, und

[178]) Man vgl. § 120: „Wer einen Gefangenen vorsätzlich befreit oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich behülflich ist";
§ 347: „Ein Beamter, welcher die Befreiung eines Gefangenen vorsätzlich bewirkt oder befördert";
§ 354: „Ein Postbeamter, welcher ... Briefe ... eröffnet oder unterdrückt, oder einem Anderen bei einer solchen Handlung wissentlich Hülfe leistet";
§ 355 u. a. m.

[179]) Kausalität (1885) S. 44 ff. Siehe insbesondere das Anerkenntnis auf S. 47, daß nach dem R.-Str.-G.-B. „eine beihelfende Thätigkeit, etwa das Herleihen der Waffe zum Morde, auch unter dem Hinzutritt eines selbständigen Interesse an der That die Haftbarkeit für Thäterschaft nicht begründen kann."

[180]) Was Feuerbach in seinem Lehrbuch §§ 44, 45 dahin ausdrückte, der Thäter („Urheber") setze die „Hauptursache", der Gehülfe eine „Nebenursache" des Verbrechens.

[181]) Vgl. v. Buri, Kausalität (1885) S. 54 oben: „Begehen, ausführen kann man dieses Verbrechen (den Diebstahl) durch Wachestehen allerdings nicht."

[182]) Vgl. v. Buri a. a. O. S. 44: „Aber es läßt ferner das Verhältnis der §§ 47, 49 des Str.-G.-B. zu einander gleichfalls zweifellos erscheinen, daß auch die Wirksamkeit des Thatgehülfen (scil. wie die des intellektuellen Gehülfen) von der Verursachung ausgeschlossen werden muß"; S. 45: „Darum kann nicht anders angenommen werden, als daß nach der Auffassung des Str.-G.-B. auch der Thatgehülfe (scil. wie der Gehülfe durch Rat) keinen Anteil, und sonach überhaupt nicht verursacht;" S. 65: „Da nach dem Str.-G.-B. durch ... Beihülfe das Verbrechen nicht verursacht wird."

Digitized by Google

setzt seinerseits nur eine der Bedingungen des Erfolges;[183]) der Gehülfe unterscheidet sich vom Thäter resp. Mitthäter darin, daß er an der Thatbestandshandlung selbst — soweit nicht ausnahmsweise in den gesetzlichen Thatbestand eines Verbrechens auch Vorbereitungshandlungen mit Aufnahme gefunden haben: s. oben § 45 in. und das hier im Text Folgende — nicht beteiligt ist, sondern nur außerhalb des Thatbestandes liegende, wenn auch dessen Herstellung mittelbar dienende Handlungen vornimmt.

Es ist also mit Einem Wort die geringere Wirksamkeit für den Erfolg, welche die Handlung des Gehülfen gegenüber der vom Thäter allein oder von Mitthätern gemeinschaftlich begangenen Handlung nach unserem R.-Str.-G.-B. unterscheidet;[184]) und diese geringere Wirksamkeit für den Erfolg verbunden mit der geringeren Schuld des Gehülfen ist es, welche die mildere Strafe des § 49 Abs. 2 gegenüber der Strafe der Thäter wie der Mitthäter und der Anstifter begründet.[185])

In Zahlen ausgedrückt würde sich das Verhältnis des Gehülfen zum Thäter und den Mitthätern durch die Gleichung veranschaulichen lassen: 12 (verbrecherischer Erfolg) = 8 (Ausführungshandlung, verübt

[183]) Siehe den Gegensatz des „bewirken" und „befördern" in § 347 R.-Str.-G.-B. (Note 178).

[184]) Ich stimme also ganz mit v. Liszt überein, wenn er in seinem Lehrbuch § 48 sub II. 4 sagt: „Bei der ungleichwertigen Beteiligung mehrerer an einem Verbrechen tritt dem Hauptbeteiligten der Nebenbeteiligte, dem Thäter der Gehülfe gegenüber. Die Beihülfe erscheint nach der Auffassung des geltenden Rechts, die hier auch de lege ferenda durchaus begründet ist, als minderwerte, unselbständige Teilnahme an der That des Thäters." Dagegen bin ich nicht ganz einverstanden, wenn er lc. sub II. 3 die Mitthäterschaft hinstellt als die (vorsätzliche) „gleichwertige Beteiligung Mehrerer an einem Verbrechen." Die Mitthäter können meiner Ansicht nach — s. oben Note 157 und das im Text gleich Folgende — unter sich auch verschieden beteiligt sein, wenn sie nur alle ausführend beteiligt sind.

[185]) Hinsichtlich der Wirksamkeit für den Erfolg steht der Anstifter dem Gehülfen insofern freilich gleich, als auch er nur eine Bedingung des Erfolges setzt. Aber die strafrechtliche Schuld des Anstifters ist um deswillen eine höhere als die des Gehülfen und vielmehr eine der Thäterschuld gleichstehende, weil er auf einen zum Verbrechen noch nicht Entschlossenen vorsätzlich in der Richtung aufs Verbrechen einwirkt: s. unten zu Note 213. Dies übersieht v. Buri, wenn er in seiner Kausalität (1885) S. 12 mir vorwirft, ich könne es nicht rechtfertigen, daß der Anstifter gleich dem Thäter bestraft werde. Treffend bemerkt schon Ortmann im Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 83 unten: „Denn wenn auch der Anstifter nach dieser (unserer) Ansicht objektiv weniger thut, als der Urheber, so wird doch dieses objektive minus völlig aufgewogen durch das subjektive plus, welches darin liegt, daß der Anstifter nicht bloß sich selbst zum Verbrecher macht, sondern auch einen Anderen zum Verbrechen bestimmt." — Hinwiederum ist die Schuld des Gehülfen, trotzdem er eine ihrem Werte nach nur vorbereitende Thätigkeit entfaltet (unten Note 187), doch eine größere als die eines bloße Vorbereitungshandlungen begehenden Thäters, weil er sich bewußt ist, daß der von ihm vorbereitete Erfolg durch den von ihm unterstützten Thäter werde ausgeführt werden: s. unten im zweiten Kapitel. Dies als Antwort auf die Frage Hälschner's (Gem. deutsch. Strafr. I. S. 420 Note 1): „Warum der Gehülfe, wenn seine Thätigkeit eine nur vorbereitende ist, nicht ebenso straflos bleibt wie der Thäter, wenn er nur vorbereitend thätig war?"

Digitized by Google

durch den Thäter allein, oder, zu gleichen oder ungleichen Anteilen, gemeinschaftlich durch die Mitthäter) + 2 + 2 (Gehülfenhandlungen).

Welche konkrete Handlungen aber als solche Gehülfenhandlungen sich qualifizieren, ist quaestio facti. Ihre Beantwortung kann in einzelnen Fällen alle die Schwierigkeiten aufweisen, welche die Unterscheidung von Bedingung und Ursache überhaupt mit sich bringt;[186]) aber sie mutet dem Richter auch nichts weiter zu, als was das positive Recht ihm mit dieser letzteren Unterscheidung ohnehin schon zumutet. Und nur eine andere Formulierung der nämlichen Forderung ist es auch, wenn das Gesetz in der Lehre vom Versuch vom Richter die Unterscheidung von Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen verlangt. Denn wie im § 43 und im § 47 R.-Str.-G.-B. das „ausführen" gleichmäßig das Setzen der Ursache des verbrecherischen Erfolges bedeutet, so ist in beiden Paragraphen gleichmäßig der Gegensatz das Setzen bloßer Bedingungen des Erfolges, und dieser Gegensatz heißt dort Vorbereitungs- hier Gehülfenhandlung.[187]) Der Parallelismus zwischen beiden Fällen findet nur darin seine Begrenzung, daß es sich bei Thäter- und Gehülfenhandlung um Ursache und Bedingung eines konkreten wirklich eingetretenen, bei Versuchs- und Vorbereitungshandlung um Ursache und Bedingung eines als möglich vorgestellten, in Wirklichkeit nicht eingetretenen Erfolges handelt, daß also dort konkrete, hier abstrakte Kausalität in Frage steht. Auf die Angriffe gegen letztere näher einzugehen, ist hier kein Anlaß; unsere Konstruktion des Unterschiedes von Thäterschaft und Beihülfe wird von ihnen nicht betroffen.[188])

§ 50.

Nur Eines muß hier noch betont werden. Die Gehülfenhandlung muß wirklich eine Bedingung des konkreten verbrecherischen Erfolges ge-

---

[186]) Frühere Gesetze wollten dem Richter diese schwere Aufgabe abnehmen, indem sie — wie z. B. das bayer. Str.-G.-B. von 1813 Teil I. art. 74, 76, 78; das Oldenb. Str.-G. vom 10. Sept. 1814 art. 80, 82, 84; das Hannov. Kr.-G.-B. vom 8. Aug. 1840 art. 67, 68; das Hess. Str.-G.-B. vom 17. Sept. 1841 art. 83; das Bad. Str.-G.-B. vom 6. März 1845 § 135; das Nassauische Str.-G.-B. vom 14. April 1849 art. 79 — die möglichen Gehülfenhandlungen im Einzelnen aufzuzählen versuchten. Mit Recht hat unser R.-Str.-G.-B. diesen vergeblichen Versuch nicht nachgeahmt.

[187]) Vgl. oben unsere Note 136. — Richtig identifiziert die Vorbereitungshandlungen mit den Gehülfenhandlungen in objektiver Beziehung z. B. Geyer, Grundriß I. S. 136; Berner, Lehrbuch (14. Aufl.) § 83 sub 2 S. 152. Vgl. auch Hälschner I. S. 420 zu Note 1. — Die Kausalitätstheorie, welche in jeder Bedingung eines Erfolges zugleich eine Ursache desselben sieht, leugnet ebendeshalb konsequent ebenso die Existenz von — objektiv von den Ausführungshandlungen unterscheidbaren — Vorbereitungs- wie von solchen Gehülfenhandlungen (vgl. oben Note 135 mit §§ 10 ff.).

[188]) Vgl. oben § 40 am Schlusse.

Digitized by Google

setzt haben, so daß also, sie hinweggedacht, dieser Erfolg so wie er eingetreten ist nicht eingetreten wäre. Das „zur Begehung Hülfe geleistet hat" in § 49 R.-Str.-G.-B. darf also nicht subjektiv dahin interpretiert werden, daß die Gehülfenhandlung nur eine Hülfe zu bezwecken brauche, sondern muß objektiv dahin aufgefaßt werden, daß sie in concreto wirklich geholfen, d. h. physisch oder psychisch zur Herbeiführung des Erfolges mit beigetragen habe. Ich habe diese Behauptung schon im Allgemeinen oben in § 8 begründet. Die gegenteilige Auffassung des § 49 R.-Str.-G.-B. würde dessen ganze Teilnahmetheorie von der Kausalitätslehre, ihrem historischen Boden, losreißen, und würde nicht im stande sein, die Bestrafung der Beihülfe überhaupt, selbst nicht die vom R.-Str.-G.-B. der Beihülfe angedrohte mildere Strafe, zu rechtfertigen. Immerhin würde sie die Grundlage nur der subjektiven Teilnahmetheorie zerstören; die objektive Teilnahmetheorie würde nach ihr lediglich dahin modifiziert werden müssen, daß sie als Thäter zu betrachten hätte Denjenigen, der das Verbrechen verursacht, als Gehülfen aber Denjenigen, der für das Verbrechen entweder nur eine Bedingung gesetzt hat oder doch durch seine kausalitätslos gebliebene Thätigkeit hat setzen wollen.[189])

[189]) Ich habe schon oben in Note 41 gezeigt, daß die communis opinio der Doktrin sich von je für das Erfordernis der Kausalität der Gehülfenhandlung ausgesprochen hat und noch ausspricht. Ich füge den dortigen Citaten hier noch an: Geyer, Grundriß I. § 40 sub 4 S. 140 und v. Liszt, Lehrb. 3. Aufl. § 52 sub IV. Z. 2 S. 218, die beide den Satz für unrichtig erklären, daß strafbare Beihülfe auch dann vorliege, wenn die geleistete Hülfe ohne Einfluß auf den Erfolg geblieben ist, sowie H. Meyer, Lehrbuch 4. Aufl., § 36 sub 5 S. 298, der meint, wenn es im R.-Str.-G.-B. auch nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, so sei es doch dem Zusammenhang des Gesetzes zu entnehmen, daß die Beihülfe nur dann gestraft werden solle, wenn sie „auch wirklich einen fördernden Einfluß auf die Begehung des Delikts geübt hat." — Nur scheinbar anderer Ansicht ist (mit spezieller Beziehung auf das österreichische Strafrecht) Glaser in der Miscelle: „Der Verurteilung wegen Beihülfe steht nicht entgegen, daß die Mittel, welche der Gehülfe im Einverständnisse mit dem Thäter herbeischaffte, bei der Ausführung der That nicht verwendet wurden" im Gerichtssaal Bd. 32 (1888) S. 548 ff. Er verteidigt in Wahrheit nur den unzweifelhaft richtigen (oben zu Note 35) Satz, daß als Beihülfe strafbar sei auch eine solche, zwecks Unterstützung des Thäters geschehene Handlung, welche den Erfolg zwar nicht materiell förderte, objektiv unwirksam war, wohl aber den Thäter in seinem Vorhaben bestärkte, also intellektuell, subjektiv zum Erfolg mitwirkte. An der Kausalität der Beihülfe ist damit immer noch festgehalten. — Eigentümlich widerspruchsvoll aber äußert sich Olshausen bei der Interpretation des § 49 R.-Str.-G.-B. (Kommentar 3. Aufl. sub 7—9). In Note 7 erklärt er die Beihülfe begrifflich da für ausgeschlossen, „wo die Handlung des Dritten gar nicht als eine Mitwirkung zu derjenigen des Thäters sich darstellt." In Note 8 aber erklärt er es für „gleichgültig, ob dem Thäter durch die Hülfeleistung überhaupt eine Förderung des beabsichtigten Erfolges zu Teil geworden ist." Es scheint, daß er mit diesen zwei Sätzen demselben Gedanken Ausdruck geben wollte, wie Glaser, denn er verdeutlicht im Verlauf der Note 8 seine Meinung dahin, daß zur Annahme einer Beihülfe im Sinn des § 49 R.-Str.-G.-B. „nichts weiter erforderlich ist, als daß die bewußte Mitwirkung des Gehülfen psychisch oder physisch eines derjenigen Elemente abgebe, aus denen die That

Digitized by Google

3. Das „bestimmen" des § 48 R.-Str.-G.-B.

§ 51.

Für die Interpretation des Anstiftungsbegriffes unseres geltenden Rechtes steht es zunächst fest, daß wir unter dem „wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung .... bestimmt hat", das Einwirken auf den Willen eines Andern in der Richtung auf das Verbrechen zu verstehen haben. Die Anstiftungshandlung besteht also stets in einer intellektuellen Thätigkeit für das Verbrechen und unterscheidet sich demnach von der Thäter- resp. Mitthäterhandlung meist schon, abgesehen zunächst von der Frage der Kausalität, durch die Form ihrer Erscheinung. Meist — denn freilich völlig richtig wäre der Gegensatz: Thäterhandlung nur physische, Anstiftungshandlung nur intellektuelle Thätigkeit für den verbrecherischen Erfolg, nicht, weil durch diese Gegenüberstellung die Fälle der sog. mittelbaren Thäterschaft (s. unten §§ 53, 54) nicht mit gedeckt würden.[190])

§ 52.

Die intellektuelle Einwirkung auf den Anzustiftenden aber darf, wie ich an anderem Orte bereits betont habe, nicht so weit gehen, daß dadurch die freie Selbstbestimmung des Anzustiftenden ausgeschlossen würde. Das verbietet der § 51 R.-Str.-G.-B., welcher den Rechtssatz aufstellt, daß eine strafbare Handlung im Sinne des geltenden Rechtes nur dann gegeben sei, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung freie Willensbestimmung besaß. „Das „bestimmen" des § 48 kann also nur verstanden werden als ein Beeinflussen des Willens des Angestifteten

---

so, wie sie konkret ausgeführt wird, nach der subjektiven oder objektiven Seite sich zusammensetzt", und versichert am Schluß der Note 8: „mindestens als psychisches Element der Hauptthat muß auch nach obiger Auffassung die Beihülfe sich darstellen." Aber dann ist die Handlung des Gehülfen in der That eine der Bedingungen des konkreten Erfolges gewesen, dann ist die Hauptthat objektiv durch sie gefördert worden, und dann steht damit nicht im Einklang, wenn Olshausen sub 8 und 9 die Beihülfe subjektiv definiert als „jede Thätigkeit, mittels welcher eine Förderung der Hauptthat bezweckt wird", „welche dahin zielt, die Ausführung der That zu fördern"; und völlig widerspruchsvoll ist dann der Satz sub 8: „Kausalität der geleisteten Hülfe für den Erfolg der That ist keine Voraussetzung für die Beihülfe i. S. des § 49." Wozu dann die Fundierung der §§ 47 ff. auf die Kausallehre, wie sie Olshausen (S. 190 ff.) seiner Kommentierung der einzelnen Paragraphen des dritten Abschnittes vorausschickt? Was hier gegen Olshausen gesagt ist, gilt vollständig auch gegen Borchert lc. S. 86, 87.

[190]) Auch Hälschner, Gem. deutsch. Strafr. I. S. 368 Note 5 bemerkt: „daß Vollbringen der That durch Anwendung physischer Kräfte nicht als wesentliches Moment der Thäterschaft betrachtet werden kann." — Die allgemeine Charakterisierung oben auf S. 5 durfte sich auf die Regelfälle beschränken.

Digitized by Google

dahin, daß er sich selbst bestimme, d. h. als Setzen einer Bedingung der Selbstbestimmung zur Handlung".[191])

In längerer Ausführung hat Bünger[192]) gegen mich zu beweisen versucht, der § 51 habe die Freiheit des menschlichen Willens nicht sanktionieren wollen, und wenn er es wollte, so sei dies für uns nicht bindend. Das im nächsten Paragraphen zu Erörternde läßt es als gerechtfertigt erscheinen, wenn ich an dieser Stelle mich auf folgende Entgegnung beschränke: Ich habe im § 51 R.-Str.-G.-B. nicht den Rechtsgrundsatz aufgestellt gefunden, daß der Wille frei sei (so Bünger lc. S. 90 unten), sondern den Rechtsgrundsatz, daß die menschlichen Handlungen nur unter der Voraussetzung strafbar seien, daß der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung freie Willensbestimmung besaß (so mein Ursachenbegriff S. 69 oben). Das Gesetz wollte sich, wie uns auch seine Motive bezeugen (Bünger lc. S. 93) der Rechtsanschauung des Volkes anschließen, wonach der Mensch ausreichende Willenskraft habe, um die Antriebe zu strafbaren Handlungen niederzuhalten, und wonach ihn der Besitz dieser Fähigkeit strafrechtlich verantwortlich macht.[193]) Das Gesetz hat auf Grund dieser Anschauung nicht bloß im § 51 die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit von der Freiheit der Willensbestimmung abhängig gemacht, sondern auch sonst seine Bestimmungen über Schuld und Strafe auf die Annahme der Willensfreiheit fundiert (mein Ursachenbegriff S. 68). Unter der „freien Willensbestimmung" des Gesetzes aber dürfen wir, wenn wir mit dem Worte „frei" kein Spiel treiben wollen, nur eine Willensbestimmung verstehen, die jeder Notwendigkeit entrückt ist, das heißt die Fähigkeit zu wollen was man will. Es geht also von vornherein nicht an, wie Bünger lc. S. 98 ff. will, unter der „freien Willensbestimmung" die „motivierte" aber, scilicet, notwendige „Willensaktion des vernünftigen und geistig gereiften Menschen" zu verstehen (vgl. meinen Ursachenbegriff S. 67 Note 110). Dies aber festgestellt, bleibt nun als Frage, auf deren Beantwortung m. E. es allein ankommt,

---

[191]) Mein Ursachenbegriff Note 117 sub IV. S. 77 vgl. mit Note 110 i. f. S. 69. — Siehe auch schon Geib, Lehrb. II. S. 345 unten: „Durch die Thätigkeit des intellektuellen Urhebers muß der physische Urheber bestimmt worden sein, zur Verübung des Verbrechens sich selbst zu bestimmen"; ebenso S. 321; ferner Schütze, Lehrb. § 46 Note 5; Berner, Lehrb. S. 155 sub 7 der 14. Auflage.

[192]) „Die Selbstbestimmung des verbrecherischen Willens und das Kausalitätsgesetz" in der Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. VII. (1887) S. 80 ff., hieher S. 90—102. Vgl. auch v. Buri, Kausalität (1885) S. 12.

[193]) Daß diese Rechtsanschauung auch innerlich völlig begründet sei, habe ich unterdessen in der Krit. V.-J.-S. Bd. XXXI. S. 539—551 gegen A. Merkel, Bünger und Finger wiederholt darzuthun versucht.

Digitized by Google

übrig: Welche Bedeutung hat es für die Anwendung des Gesetzes, daß dasselbe den Begriff der strafbaren Handlung, die Existenz von Schuld und Strafe gegründet hat auf das Dogma von der Willensfreiheit in dem vorhin präzisierten Sinn? Und die Antwort, sollte ich meinen, kann keinen Augenblick zweifelhaft sein: Wir müssen das Gesetz so anwenden, wie es die Konsequenz dieses Dogmas, wenn es richtig wäre, mit sich bringt; einerlei, ob wir es für richtig halten oder nicht, einerlei ob es richtig ist oder nicht. Unser Unglaube bezüglich des Dogmas, welches dem Gesetz zu Grunde liegt, hätte von vornherein keine Gewalt über seine aus dem Dogma geflossenen Bestimmungen. Aber selbst der etwa von der Philosophie oder Naturwissenschaft geführte Beweis von der Unrichtigkeit des Dogmas, würde jenen Bestimmungen nach dem Satze cessante ratione legis non cessat lex ipsa kein Jota von ihrer verbindlichen Kraft rauben. Er könnte nur für den Gesetzgeber den Anstoß zur Abänderung des nunmehr als auf falscher Grundlage ruhend erkannten Gesetzes liefern.[194])

§ 53.

Soweit der menschliche Wille wirklich unfrei ist, ist die Möglichkeit eröffnet, durch intellektuelle Einwirkung auf den Unfreien denselben als Mittel und Werkzeug für die Ausführung ihm fremder Willensentschlüsse zu benützen.[195]) Der intellektuell Einwirkende kann sich so des unfreien Menschen und seiner Körperthätigkeit ebenso bedienen, wie etwa derjenigen eines Tieres, und folglich durch ihn verursachen. Wäre demnach der menschliche Wille überhaupt unfrei, so bedürfte es keiner be-

---

[194]) Es soll nicht in Abrede gestellt werden, daß manche vom Strafrecht verwertete Begriffe ohne Weiteres in dem von der einschlägigen Wissenschaft mit ihnen jeweilig verbundenen Sinn verstanden werden dürfen und müssen, so daß der Gesetzesparagraph, in dem sie verwertet sind, mit dem Wechsel ihrer Bedeutung von selbst auch seine Bedeutung wechselt. So dürfte es z. B. zweifellos sein, daß der in § 315 R.-Str.-G.-B. den „Eisenbahnen" gewährte Schutz mit der Einführung der Dampf-Straßeneisenbahnen und der elektrischen Eisenbahnen sich von selbst auch auf diese mit ausgedehnt hat, obgleich sie zur Zeit der Emanation des R.-Str.-G.-B. noch nicht bekannt waren (vgl. Olshausen zu § 315 sub 3). In diese Kategorie dürfte auch das von Bünger lc. S. 96 gebrauchte Beispiel gehören. Allein dies gilt doch nur für solche Fälle, wo es eben als Wille des Gesetzes anzunehmen ist, daß seine Bestimmung durch den betreffenden Begriff in seiner wechselnden Bedeutung substantiiert werde, daß, wie Zitelmann (Bünger lc. S. 95) es ausgedrückt hat, den einschlägigen anderen Disziplinen über den betreffenden Begriff ein Blanquett ausgestellt sein sollte. Ein Blanquett aber, welches, wie Bünger will, die Philosophie oder Naturwissenschaft ermächtigen sollte, Begriffe, auf welche das ganze Strafrecht aufgebaut ist, als irrtümlich einfach aus dem Gesetze auszumerzen, ist geradezu undenkbar.

[195]) Vgl. Ortmann im Gerichtssaal Bd. XXVIII. (1876) S. 83 vv.: „Denn hätte der Mensch keinen freien Willen, so wäre er nichts als eine Naturkraft, deren Wirksamkeit natürlich wie bei jeder andern Naturkraft verursacht werden könnte".

Digitized by Google

sonderen Schuldform der Anstiftung für die Bestimmung eines Andern zur Begehung von Verbrechen, die Schuldform der Thäterschaft würde völlig ausreichen, jede Anstiftung wäre mittelbare Thäterschaft und § 48 R.-Str.-G.-B. wäre überflüssig.[196]) Indem das Strafgesetzbuch im § 48 die Anstiftung als besondere Schuldform neben die Thäterschaft und die Mitthäterschaft gesetzt hat, hat es ausgesprochen, daß es in der Anstiftung keine Ausführung des begangenen Verbrechens, also keine Verursachung des verbrecherischen Erfolges erblicke,[197]) daß es mithin den menschlichen Willen im Allgemeinen für frei erachte.[198]) Wir gelangen also auch ohne Heranziehung des § 51 zu dem nämlichen Auslegungsresultat, welches wir im vorigen Paragraphen zunächst mit Hülfe des § 51 festgestellt haben: das „bestimmen" des § 48 darf nur ein Bestimmen zur Selbstbestimmung sein, also nur eine Bedingung des Willensentschlusses des Angestifteten (und insoferne eine Bedingung des von Letzteren verursachten Erfolges) setzen. In der „Anstiftung" unseres positiven Rechtes liegt weder — entgegen der subjektiven Teilnahmetheorie oben § 12 — eine Verursachung des verbrecherischen Erfolges, wie dies denn auch v. Buri selbst zugiebt,[199])

---

[196]) Vgl. oben Note 107.

[197]) Vgl. Meyer, Lehrb. S. 288 Note 2 und die von ihm hier Citierten.

[198]) Darum sieht sich denn z. B. auch v. Liszt, der die Willensfreiheit im § 35 sub III. seines Lehrbuches leugnet, und es in Note 5 für methodisch verfehlt erklärt, „das Strafrecht aufbauen zu wollen auf dem transzendenten Freiheitsbegriff", in § 48 sub II. 2 vgl. mit § 51 sub IV. genötigt anzuerkennen, daß unser positives Recht deswegen den Anstifter nicht als (intellektuellen) Urheber des Verbrechens betrachte, weil dies unvereinbar sei mit der Annahme der Willensfreiheit.

[199]) Vgl. die Stelle oben in Note 107 und außerdem noch: Kausalität (1885) S. 44: „Eine lediglich intellektuelle Wirksamkeit verursacht nach der Auffassung des Strafgesetzbuchs überhaupt nicht. Es ergiebt sich dies daraus, daß durch die Anstiftung und intellektuelle Beihülfe der Erfolg nicht verursacht, und vielmehr deren Kausalität durch die sich ihr anschließende physische Kausalität des Thäters unterbrochen wird"; S. 48: „weil eben nach § 48 Str.-G.-B. die intellektuelle Wirksamkeit überhaupt nicht verursacht"; S. 61: „da es nach dem Str.-G.-B. eine andere verbrecherische intellektuelle Thätigkeit nicht giebt, als eine anstiftende oder beihelfende" [scil. also keine urheberische, wie die subjektive Teilnahmetheorie sie behauptet]; S. 68 unten: „Allein es wird doch auch hier daran festgehalten werden müssen, daß dem Str.-G.-B. das Prinzip der Teilbarkeit des Erfolgs zu Grunde liegt, und nach seiner Auffassung die lediglich intellektuelle Wirksamkeit nicht verursacht". — S. außerdem auch noch Binding, Grundriß, § 108 S. 185 unten vv.: „Es ist ganz unmöglich, die Handlung des Thäters als Erfolg der Anstiftung im Sinne des § 67 zu fassen", womit freilich nicht ganz zu stimmen scheint die Behauptung in § 70 S. 125 (s. oben unsere Note 107), „daß der unmittelbare und der mittelbare Thäter und der Anstifter in den meisten Fällen, nämlich in allen, wo der Anstifter Urheberentschluß besitzt, juristisch das Gleiche thun; sie verwirklichen ihren schuldhaften Willen selbst, sei es durch eigne Kraftanwendung, sei es durch Anwendung einer fremden menschlichen Kraft"; und noch weniger die im Handbuch I. S. 701 zu Note 24 vertretene Ansicht, daß der Anstifter zum Selbstmord den Tod des Selbstmörders verursacht habe. Ferner v. Liszt an den in der vorigen Note citierten Stellen, sowie in § 28 sub IV. 1 seines Lehr-

Digitized by Google

noch — entgegen der v. Buri'schen Kausaltheorie oben § 13 — eine Verursachung des Willensentschlusses des Angestifteten.

§ 54.

Kann nach den Bestimmungen des positiven Rechts kein Zweifel darüber bestehen, daß Anstiftung nur diejenige intellektuelle Einwirkung in der Richtung auf das Verbrechen ist, welche den verbrecherischen Erfolg nicht selbst verursacht, so ist es um so bestrittener, in welchen Fällen die intellektuelle Einwirkung als den Erfolg selbst verursachend zu betrachten ist, m. a. W. wo die faktischen Grenzen zwischen Anstiftung und mittelbarer Thäterschaft liegen?[200]) Nicht einmal die Benutzung eines zurechnungsunfähigen Menschen ist als Fall der mittelbaren Thäterschaft allgemein anerkannt: v. Buri[201]) und Cohn[202]) konstruieren sie anders.[203]) Was aber die intellektuelle Einwirkung auf Zurechnungsfähige anlangt, so erblicken die Einen in ihr eine mittelbare Thäterschaft nur dann, wenn der das Verbrechen objektiv begehende intellektuell Beeinflußte selbst gänzlich schuldlos ist;[204]) die Anderen auch dann, wenn

---

buchs; Olshausen zu § 48 sub 1, wo er bemerkt, daß das Gesetz in § 48 die Auffassung des Anstifters als intellektuellen Urhebers der strafbaren Handlung stillschweigend abgelehnt habe; H. Meyer, Lehrbuch § 35 S. 288 und die von ihm hier in Note 2 Citierten.

[200]) Vgl. hierher Binding, Grundriß § 70 sub I. 3; Hälschner, Gem. deutsch. Strafr. I. S. 368 zu Note 5 und die in Note 5 von ihm Citierten; S. 398, 399 zu Note 1 und die in Note 1 von ihm Citierten; meinen Ursachenbegriff in Note 118; H. Meyer, Lehrbuch § 28 sub 2e S. 227, § 35 sub 4 S. 290; v. Liszt, Lehrb. § 49 sub II.—IV.; v. Buri, Kausalität (1885) S. 56 ff.; Borchert, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter (1888) S. 99 ff.; Olshausen zu § 48 sub 3.

[201]) Kausalität (1885) S. 56 sagt er: „und es kann überhaupt selbst ein geisteskranker Mensch, oder auch ein Tier, nicht als Werkzeug benutzt werden. Denn es läßt sich unter einem Werkzeug (Gerichtssaal 1882) nur ein von Menschen gefertigter, zu mechanischen Verrichtungen mittels körperlichen Gebrauchs dienender, Gegenstand verstehen". (So ist also der Eselskinnbacken, mit welchem Simson die Philister schlug, kein Werkzeug gewesen?) v. Buri selbst konstruiert den Fall als unmittelbare Thäterschaft: der intellektuell Einwirkende setzt stets eine Bedingung des Erfolgs und verursacht daher, wegen Unteilbarkeit des Erfolgs, den ganzen Erfolg, einerlei, ob er auf einen Zurechnungsfähigen oder Zurechnungsunfähigen einwirkte. Vgl. z. B. ebenda S. 68 unten. S. auch oben unseren § 27 sub 1.

[202]) „Zur Lehre vom versuchten Verbrechen" S. 558 sieht er darin, daß der A. den geisteskranken B. bestimmt hat, sich selbst zu töten, nicht die Verursachung, sondern nur die Veranlassung des Todes des B., und will den A., selbst wenn er den Selbstmord des B. voraussah und wollte, nicht wegen dolioser, sondern wegen kulposer Tötung zur Rechenschaft ziehen (!).

[203]) Unrichtig ist es, wenn H. Meyer a. a. O. S. 228 Note 7 auch meine citierten Ausführungen hierher zieht. Sie beziehen sich nicht, wie er sagt, auf „alle Fälle" der mittelbaren Thäterschaft, sondern (s. meinen Ursachenbegriff S. 22) nur auf die Fälle, wo unser positives Recht Verursachung durch freie Willensthätigkeit Anderer annimmt.

[204]) So z. B. H. Meyer l. l. c. c.

Digitized by Google

ihn der Vorwurf fahrlässiger Herbeiführung des Erfolges trifft;[205]) während die Dritten eine mittelbare Thäterschaft selbst bei Benützung von dolos handelnden unmittelbaren Thätern, wenigstens unter Umständen, für möglich halten.[206]) Der Zweck der vorliegenden Untersuchung gebietet es nicht, auf diese Streitfragen näher einzugehen. Denn wie fraglich es auch manchmal sein mag, ob ein konkreter Fall der Anstiftung des § 48 oder der mittelbaren Thäterschaft zu subsumieren sei, so zweifellos ist es für unser positives Recht, daß, wo Anstiftung vorliegt, von einer Verursachung des verbrecherischen Erfolges keine Rede sein kann,[206a]) und dies allein gilt es hier als sicheres Kriterium für die objektive Teilnahmetheorie unseres Rechtes zu konstatieren. Darum möge hier die Bemerkung genügen,[207]) daß jene Paragraphen unseres Gesetzbuches, welche Strafe drohen, wenn Jemand etwas thut oder durch einen Andern thun läßt,[208]) zur Lösung der angedeuteten Streitfragen nichts beitragen. Sie schließen vielleicht nicht einmal die Auslegung aus, daß es sich hier um Loslösung gewisser Anstiftungshandlungen aus der Lehre von der Teilnahme handle.[209]) Jedenfalls aber kann im Übrigen jede der skizzierten Ansichten in sie hineingetragen, und welche die richtige sei, aus ihnen nicht herausgelesen werden.

§ 55.

Der Unterschied zwischen Anstiftung und intellektueller Beihülfe liegt nach § 48 vgl. mit § 49 R.-Str.-G.-B. in dem „bestimmen" auf der einen Seite, in dem „Hülfe leisten durch Rat" auf der andern Seite, also wiederum auf der objektiven Seite des Thatbestandes.[210])

---

[205]) So unter Andern Hälschner a. a. O.

[206]) So namentlich v. Liszt und Borchert a. a. O.

[206a]) Vgl. jetzt freilich auch Kohler, Studien I. S. 106 ff. und dazu unten unsre Note 273 i. f.

[207]) Wir müssen auf die Frage wenigstens teilweise unten im 2. Kapitel zurückkommen, wo zu untersuchen sein wird, ob nicht das Bestimmen zu fahrlässigen Handlungen noch Anstiftung im Sinne des § 48 R.-Str.-G.-B. sei: vgl. Note 255.

[208]) Vgl. § 142: „Wer sich vorsätzlich .... zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder durch einen Anderen untauglich machen läßt";
§§ 340, 341, 343: „Ein Beamter, welcher .... vorsätzlich eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt", „eine Verhaftung .... vornimmt oder vornehmen läßt", „Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt".

[209]) H. Meyer lc. S. 288: „In einigen Fällen (Str.-G.-B. §§ 142, 340, 341, 343) hat allerdings das geltende Recht die Anstiftung (zusammen mit der mittelbaren Thäterschaft) als Thäterschaft behandelt".

[210]) Geyer, Grundr. § 40 S. 138 bemerkt ganz richtig, daß eine Vergleichung der §§ 48 und 49 unzweifelhaft ergebe, daß das Strafgesetzbuch nicht einen bloßen Unterschied im subjektiven Thatbestand als maßgebend für die Unterscheidung zwischen Anstiftung und psychischer Beihülfe aufstellt.

Digitized by Google

Nun verursacht aber die Anstiftung unseres positiven Rechts (s. oben § 53 i. f.) weder den verbrecherischen Erfolg noch den verbrecherischen Willen des Angestifteten. Sie setzt für letzteren wie für ersteren nur eine Bedingung und steht also in ihrer kausalen Bedeutung der intellektuellen Beihülfe, der Beihülfe „durch Rat" des § 49 R.-Str.-G.-B. völlig gleich. Es ist daher auch nicht richtig, oder zum mindesten mißverständlich ausgedrückt, wenn man häufig zwischen beiden dahin unterscheiden will, daß die Anstiftung den verbrecherischen Entschluß des Andern hervorrufe, erzeuge, die intellektuelle Beihülfe ihn nur bestärke.[211]) Der Entschluß ist ebenso beim Angestifteten wie bei dem „durch Rat" Unterstützten vermöge ihrer freien Selbstbestimmung erzeugt, hervorgerufen allein von ihnen selbst. Der Unterschied zwischen Anstiftung und intellektueller Beihülfe muß vielmehr nach unserem positiven Recht dahin formuliert werden, daß die Anstiftung ist Einwirkung auf den Willen eines Andern vor dessen Entschluß, die intellektuelle Beihülfe aber Einwirkung auf seinen Willen nach dem Entschluß (vgl. auch die Worte des § 49: „zur Begehung[212]) des Verbrechens durch Rat Hülfe geleistet hat"). Ich darf in dieser Beziehung auf die Ausführung in meinem Ursachenbegriff Note 117 sub IV. S. 77 verweisen.[213])

Resultat.

§ 56.

Unser positives Recht verlegt das unterscheidende Merkmal der verschiedenen Teilnahmeformen untereinander und gegenüber der Thäterschaft in den objektiven, nicht in den subjektiven Thatbestand. Es sieht in der Thäterschaft die Verursachung, in der Mitthäterschaft die gemeinschaftliche Verursachnng des verbrecherischen Erfolges, in der Anstiftung und in der Beihülfe das Setzen bloßer Bedingungen für den

---

[211]) Vgl. z. B. Olshausen zu § 48 sub 4 und zu § 49 sub 11; auch v. Buri Kausalität (1885) S. 61, 62 hält die im Text bezeichnete Unterscheidung — nicht die de lege ferenda von ihm vertretene subjektive — de lege lata für die richtige.

[212]) Nicht zur Fassung des Entschlusses: so treffend auch Olshausen zu § 49 sub 11 und zu § 48 sub 12 e.

[213]) Selbst v. Buri in der Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 274 unten muß zugeben: „Hält man freilich an der Bedeutung des Wortes „anstiften" fest, so setzt dieselbe einen noch nicht entschlossenen Thäter voraus". An dieser Bedeutung aber müssen wir doch wohl für unser positives Recht um so mehr festhalten, als das Gesetz (vgl. Abs. 1 und 2 des § 48 R.-Str.-G.-B.) „bestimmen" und „anstiften" identisch gebraucht, und man vom Bestimmen eines Andern zu einer Handlung doch nicht wohl reden kann, wenn er zu derselben ohnehin bereits entschlossen war.

Digitized by Google

verbrecherischen Erfolg, und zwar bei der Anstiftung durch Beeinflussung des Willens des Verbrechens **vor** Fassung des Entschlusses zum Verbrechen; bei der intellektuellen Beihülfe durch solche Beeinflussung **nach** Fassung des Entschlusses; bei der physischen Beihülfe durch eine den Erfolg mitbedingende physische Thätigkeit.

Zweites Kapitel.

Die Schuldseite der Teilnahme nach positivem Recht.

§ 57.

Wie jede kriminelle Begangenschaft der Regel nach — wenn nicht ausnahmsweise in gewissen Fällen das positive Recht die bloße Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges für strafbar erklärt — aus Verursachung und Verschuldung sich zusammensetzt (vgl. meinen Ursachenbegriff S. 3 mit S. 53 ff. Note 81): so hat auch die Teilnahme neben dem bis jetzt erörterten objektiven einen subjektiven Thatbestand.[214]) Man hat unbegreiflicherweise die Vertretung dieses eigentlich selbstverständlichen Satzes als den mittleren Standpunkt in der Lehre von der Teilnahme charakterisiert im Gegensatz zum subjektiven, welcher das Gewicht ausschließlich auf die Willensbeschaffenheit, und zum objektiven, welcher das Gewicht ausschließlich auf die Kausalität der Teilnehmer lege. So hat insbesondere Berner in den älteren Auflagen seines Lehrbuches geschieden wie nachsteht:

„1. Objektiver (älterer) Standpunkt: Urheber Hauptursache, Gehülfe Nebenursache. Grolman, Grundsätze § 33 und 35. Feuerbach, Lehrb. § 45, 46. Luden, Handbuch I S. 348—350.

2. Subjektiver Standpunkt: Urheber wirkt für die eigene Absicht, Gehülfe für eine fremde Absicht. Unter den Neueren hier besonders Köstlin in der Revision und im Systeme; Berner in der Lehre von der Teilnahme, 1847.[215])

3. Mittlerer (wahrer) Standpunkt: Es ist weder nur auf die äußere Wirksamkeit, noch nur auf die Absicht, sondern auf die von der Absicht durchdrungene Wirksamkeit, auf die in der Wirksamkeit sich verkörpernde Absicht, d. h. auf den Charakter der Handlung zu sehen."

---

[214]) Dies ist bereits vollkommen richtig betont worden von Geyer in G.-A. XVI. (1868) S. 593.

[215]) Vgl. oben unsere Noten 13 und 17.

Digitized by Google

Und den sog. mittleren Standpunkt hat dann v. Buri bekämpft in seinem oben in Note 20 — vgl. auch unten zu Note 226 — genannten Aufsatz: „Der sogenannte mittlere Standpunkt für die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihülfe", in welchem er die Behauptung aufstellt, daß „ein Mittelweg zwischen objektivem und subjektivem Standpunkt" — scil. im obigen Sinn — „überhaupt nicht ausführbar" sei.

Allein in Wahrheit hat die Ansicht, daß es für den Begriff der Teilnehmer „nur auf die äußere Wirksamkeit" ankomme, wohl kaum je irgend Jemand verfochten. Feuerbach z. B. definiert in seinem § 44 lc. so deutlich wie möglich den Urheber als „die Person, in deren Willen und Handlung die hinreichende Ursache enthalten ist, welche das Verbrechen als eine Wirkung hervorbrachte". Und nachdem er dann in § 45 von der Hauptursache diejenigen Handlungen unterschieden hat, welche sich als Nebenursachen darstellen, fährt er wiederum ganz unmißverständlich fort: „Wer sich absichtlich solcher Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, heißt Gehülfe."[216])

Es sind eben wirklich von den drei Berner'schen Standpunkten nur zwei möglich;[217]) nur sind das nicht der objektive und der subjektive,

---

[216]) Würde man diese Aussprüche nicht völlig übersehen haben, so würde man wohl kaum der älteren objektiven Teilnahmetheorie überhaupt und Feuerbach insbesondere so unbegründete Vorwürfe gemacht haben, wie es z. B. Berner, Teilnahme S. 218, thut vv.: „Will man aber nicht, allen Fortschritten der Wissenschaft zum Trotz, auf den veralteten Standpunkt zurückfallen, der ausschließlich auf den objektiven Kausalzusammenhang sah"; und Geyer in G.-A. XVI. (1868) S. 594 vv.: „In der That wie ein Nachhall der verschollenen Klassifikationen der Scholastik klingt es, einen Feuerbach und Andere reden zu hören von Haupt- und Nebenursache als entscheidendem Kriterium für die Einteilung der Teilnehmer am Verbrechen. Es war leicht, zu zeigen, daß solche Kategorien zu verkehrten Resultaten führen. Man wandte sich zur subjektiven Seite des Verbrechens"; und wieder in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 381 vv.: „Der Gehülfe .... erscheint also allerdings als ein „Nebenteilnehmer", allein man darf dies nicht in dem Sinne jener älteren Kriminalisten nehmen, welche von einem einseitig objektiven Standpunkt ausgehend, zwischen Haupt- und Nebenursache unterscheidend, den reus principalis als causa principalis, den Gehülfen als causa secundaria des Verbrechens charakterisieren wollten. Auf solche Weise würden scholastische Kategorien von Ursachen an die Stelle verschiedener Abstufung der Verschuldung gesetzt. In dieser Hinsicht war es eine berechtigte, wissenschaftliche Reaktion, welche gegen die übermäßige Berücksichtigung der quantitativen Beteiligung an dem Zustandekommen des Verbrechens anknüpfte". Vgl. auch Ortmann im Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 84 vv.: „Während die älteren Kriminalisten in der Lehre von der Teilnahme einer extrem-objektiven Auffassungsweise huldigten, suchen die meisten neueren Kriminalisten den Unterschied zwischen Urheberschaft und Beihülfe lediglich vom subjektiven Gesichtspunkte aus zu gewinnen und verfallen damit in das entgegengesetzte Extrem".

[217]) Das gilt zunächst für die Lehre von der Teilnahme überhaupt. Ob es an sich durchführbar ist, bezüglich der einzelnen Arten der Teilnahme einen dreifachen Standpunkt anzunehmen — wie Olshausen in seinem Kommentar zu § 47 sub 5 hinsichtlich des Begriffs der Mitthäterschaft, Berner in den neuesten Auflagen seines Lehrbuches (§§ 84 und 85 der 14. Aufl.) hinsichtlich des Begriffs der

Digitized by Google

sondern der subjektive und der mittlere in seinem Sinn. Dieser „mittlere“ hört aber damit auf ein solcher zu sein, und wird passend im Gegensatz zum subjektiven Standpunkt der objektive genannt, weil er den objektiven Thatbestand der Teilnahme in den Vordergrund stellt, ohne im Übrigen den subjektiven zu ignorieren.

§ 58.

Wie nun dieser subjektive Thatbestand der Teilnahme nach unserem positiven Recht beschaffen sein müsse, darauf weist uns schon unser bisheriges Ergebnis bezüglich des objektiven Thatbestandes der Teilnahme zusammengenommen mit den Strafbestimmungen des Strafgesetzbuches deutlich hin.

Denn einerseits haben unsere Untersuchungen im vorigen Kapitel ergeben, daß jeder echte Teilnehmer den verbrecherischen Erfolg nicht verursacht, sondern nur eine Bedingung desselben setzt. Bezüglich der Anstifter und Gehülfen hat sich dies direkt ergeben. Bezüglich der Mitthäter folgt es aus dem richtigen Sinn des „gemeinschaftlich ausführen“: die Mitthäter teilen sich in die Verursachung des Erfolges so, daß zwar ihre gemeinsame Thätigkeit als die Ursache, das aber, was jeder für sich betrachtet thut, nur als eine Bedingung des Erfolges sich darstellt. Ausdrücklich haben wir den Fall, wo jeder der Zusammenwirkenden den ganzen Erfolg verursacht, oben in § 43 als „Mehrthäterschaft“ von der „Mitthäterschaft“ unseres positiven Rechtes ausgeschieden. Und von vornherein scheidet aus ihr der Fall aus, wo der Eine der Zusammenwirkenden schon für sich allein die Ursache, der Andere nur eine Bedingung des Erfolges setzt: hier haben wir einen Alleinthäter mit seinem Gehülfen vor uns.[218]) Es

---

Anstiftung und Beihülfe einen objektiven, subjektiven und mittleren oder gemischten Standpunkt in verschiedenem Sinne unterscheiden — darüber soll hier nicht abgesprochen werden. Zur Klärung der Gegensätze in der Lehre von der Teilnahme trägt solche den Worten nach gleiche, dem Sinne nach verschiedene Klassifikation der Ansichten über die einzelnen Teilnahmearten sicherlich nicht bei.

[218]) v. Buri, Kausalität 1885 S. 7, kämpft gegen meine Kausaltheorie mit den Worten an: „Auch ist nicht richtig, daß die Theorie der Polemik“ — s. oben Note 92 — „diejenige des Str.-G.-B. sei. Denn nach seinem § 47 werden die Mitthäter gleichmäßig als Ursacher des Erfolgs bestraft, gleichgültig ob die eine oder die andere ihrer Mitwirksamkeiten als die überwiegende angesehen werden muß“. Darauf erwidere ich: Redet v. Buri hier von dem Fall, daß die eine oder andere Mitwirksamkeit die überwiegende im Hinblick auf alle übrigen zum Erfolg Mitwirkenden ist, so sind nach dem im Text Gesagten überhaupt keine Mitthäter da. Redet er aber von dem Fall, daß die Mitwirksamkeit des einen Mitthäters die überwiegende im Hinblick auf die des andern Mitthäters ist, so bietet dieser Fall und seine Bestrafung aus § 47 R.-Str.-G.-B. nach dem oben in Note 157 und 160 Ausgeführten keine Handhabe zur Bekämpfung meiner Kausaltheorie auf Grund des positiven Rechts.

Digitized by Google

bleibt also dabei: jeder echte Teilnehmer im Sinne unseres positiven Rechtes setzt nur eine Bedingung des Erfolges.

Auf der anderen Seite straft unser Reichsstrafgesetzbuch jeden Teilnehmer wegen des ganzen durch das Zusammenwirken erzielten Erfolges; es bemißt die Strafe (vgl. §§ 47, 48 Abs. 2, 49 Abs. 2) des Mitthäters, wie des Anstifters, wie des Gehülfen nach dem Gesetz, durch welches dasjenige Verbrechen als Ganzes bedroht wird, von dem jeder von ihnen nur einen Teil verursacht hat, nur daß es, Alle wegen dieses Gesamterfolges strafend, die Strafe des Gehülfen der Strafe des Thäters gegenüber mildert, den Mitthäter aber als Thäter, den Anstifter wie den Thäter straft.[218a])

Soll nun der einzelne Teilnehmer wegen des Gesamterfolges gestraft werden, obwohl er nur einen Teil desselben verursacht hat, so ist dies nicht anders denkbar, als daß unser Gesetzbuch voraussetzt, daß er durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesamterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgeht. Seine Schuld muß derart sein, daß es gerecht erscheint, ihn wegen des Ganzen zu strafen, obgleich er nur einen Teil verursacht hat.

§ 59.

Bis zur Ermüdung wiederholt v. Buri in seinen verschiedenen Schriften den Einwand gegen die objektive Teilnahmetheorie, daß „man unbedingt das Ganze verursacht haben muß, wenn man für dasselbe soll bestraft werden dürfen.“[219]) Nun steht unser Strafgesetzbuch, wie

---

[218a]) Vgl. hierzu oben Note 185.

[219]) So formuliert in Kausalität (1885) S. 45 vgl. S. 6 unten, S. 7. S. außerdem: Abhandlungen (1862) S. 153: „Wenn jeder Beteiligte ... von der Strafe des ganzen Verbrechens getroffen werden soll, so muß er sich doch auch durch die von ihm ausgegangene Einzelhandlung des ganzen Verbrechens schuldig gemacht haben“; Kausalität (1873) S. 106: „Geht man davon aus, daß jeder einzelnen der gleichwertigen Mitwirksamkeiten an und für sich nur ein Teil des Erfolges zukomme, so hat, wenn der Erfolg durch die Wirksamkeit von A. und B. herbeigeführt worden ist, jeder nur den halben Erfolg verursacht. Darum kann aber auch keiner von Beiden für Vollendung bestraft werden, denn selbst die Minimalstrafe für Vollendung setzt die Verursachung des ganzen Erfolges voraus“. Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 195 unten: „Wenn man denn annehmen zu müssen glaubt, die eigene Mitwirksamkeit verursache nicht den ganzen Erfolg, sondern nur einen Teil desselben, so können auch .... die Einzelnen .... nicht für das Ganze bestraft werden“; Goltdammer's Archiv XXV. (1877) S. 281: „weil Jedermann sich nur durch seine eigene Handlung strafbar machen, niemals aber durch die Handlung eines Andern strafbar werden kann“; Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 284: „Bestraft kann man aber auch überall nur dafür werden, daß man den abstrakten Thatbestand des Delikts konkretisiert, seine Vergegenständlichung im vollen Umfang verursacht hat und auch im vollen Umfang hat verursachen wollen“. Gerichtssaal XXXV. (1883) S. 523/24: „Aber wer nur einen Teil des strafrechtlichen Ergebnisses verursacht hat, der kann auch nicht für die

Digitized by Google

v. Buri selbst zugiebt (s. oben Note 100), auf dem Standpunkt, daß der Teilnehmer nur einen Teil des Erfolges verursacht, und bestraft ihn doch wegen des Ganzen. Es kann sich also nur darum handeln, ob das de lege ferenda zu rechtfertigen sei. Es ist gerechtfertigt unter der eben formulierten Voraussetzung.[220])

Zwar will v. Buri auch diese Rechtfertigung nicht gelten lassen. Eine fehlende Kausalität, so wendet er ein, könne durch Verschuldung, also durch bloßen bösen Willen, nicht ersetzt werden.[221]) Gewiß nicht in dem Sinn, daß das nicht Verursachte durch den Willen zu einem Verursachten gemacht werden könnte, wohl aber in dem Sinn, daß es zu einem ebenso zu Verantwortenden gemacht werden kann, als ob es verursacht wäre. Oder wenn v. Buri lieber will, die fehlende Kausalität kann durch Verschuldung nicht ersetzt werden, aber die teilweise vorhandene Kausalität kann durch Verschuldung bis zur Strafbarkeit der vollen Kausalität ergänzt werden.

§ 60.

Soll dies der Fall sein, so muß die Verschuldung des einzelnen Teilnehmers sich zusammensetzen aus Schuld hinsichtlich des Gesamterfolges, wegen dessen er gestraft werden soll; aus Schuld hinsichtlich seiner eigenen Thätigkeit für diesen Erfolg; und aus Schuld hinsichtlich der Mitwirksamkeit der Andern. Das Ineinandergreifen dieser dreifachen Verschuldung aber, wie wir es sogleich noch näher kennzeichnen wollen, läßt sich gar nicht anders denken, denn so, daß der Teilnehmer mit Wissen und Wollen, also dolo, handelt.

Der Fall einer kulposen Teilnahme würde, unter Zugrundelegung der objektiven Theorie, voraussetzen, daß der Teilnehmer eine Bedingung des Erfolges setzt, aus der dann durch Mitwirkung Anderer der Erfolg hervorgegangen ist, während er diese Mitwirkung und den schließlichen Erfolg nicht vorausgesehen hat, aber hätte voraussehen können und müssen. Ein solcher Fall läßt sich aber in der That nicht denken. Wer

übrigen Teile desselben und sonach auch nicht für das ganze Ergebnis haftbar gemacht werden". Kausalität (1885) S. 61: „Da jeder Mitthäter genau so bestraft werden soll, als habe er das Verbrechen als Alleinthäter begangen, eine solche Bestrafung aber nicht möglich wäre, wenn nicht jeder Mitthäter das Ganze auch verursacht hätte". Endlich neuestens wieder im Gerichtssaal XLII. S. 269 oben.

[220]) Vgl. meinen Ursachenbegriff Note 117 i. f. S. 78.

[221]) Vgl. z. B. Kausalität (1885) S. 45: „Wenn der Einzelne wirklich nur einen Teil des Ganzen verursacht, so kann die bloße gegenseitig bewußte Übereinstimmung seines Willens mit dem Willen Anderer, da sie an und für sich nicht kausal ist, nicht die Verursachung des Ganzen nach sich ziehen"; vgl. Kausalität (1873) S. 106, 107; Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 282.

Digitized by Google

die bloße Bedingung eines Erfolges setzt und sich dabei nicht vorstellt und will, daß Andere mit ihm zusammenwirken, der hat auch den eingetretenen Erfolg nicht voraussehen können,[222]) weil derselbe aus seiner Thätigkeit allein nie hervorgehen konnte. Er mußte also, soll ihm der Erfolg als voraussehbar imputiert werden können, gewußt und gewollt haben, daß Andere mit ihm zusammenwirken. Dann aber muß er auch den Erfolg selbst mindestens als einen möglichen wirklich vorausgesehen und gewollt haben, dann also trifft ihn hinsichtlich des Erfolges der Vorwurf nicht bloß der culpa, sondern des dolus. Kulpose Teilnahme ist also für die objektive Teilnahmetheorie einfach nicht konstruierbar. Wäre sie dies aber auch, so würden wir sie doch nicht strafen können. Denn kulpose Begangenschaften strafen wir und können wir gerechterweise nur strafen, sofern sie einen verbrecherischen Erfolg verursachen, nicht schon, wenn sie lediglich eine Bedingung desselben setzen. Mag daher immerhin die subjektive Teilnahmetheorie (vgl. oben § 25) auch die kulpose Teilnahme für strafbar erklären: sie kann sie konstruieren und strafen, weil ihr jeder Teilnehmer den ganzen Erfolg verursacht; der objektiven Teilnahmetheorie ist auf alle Fälle die Bestrafung der kulposen Teilnahme unmöglich.

§ 61.

Der Dolus aber des Teilnehmers setzt sich, wenn wir ihn nunmehr genau analysieren, aus folgenden Bestandteilen zusammen. Der Teilnehmer muß

a. den verbrecherischen Gesamterfolg vorausgesehen und gewollt haben. Dies hat schon v. Buri in den oben in § 15 abgedruckten Stellen richtig ausgeführt; dies ist auch die gemeine Meinung. Mit völlig unzureichendem Grunde bekämpft dieselbe Borchert lc. S. 90, 91 speziell hinsichtlich des Gehülfen. Er meint:

> „Allerdings ist zuzugeben, daß der Vorsatz des Gehülfen in der Regel so geartet sein wird, wie die gemeine Meinung es für nötig erachtet ..... Indessen kann doch auch einmal der Fall so liegen, daß der Gehülfe die vom Thäter geplante That zwar vorsätzlich, d. h. mit dem Bewußtsein unterstützt hat, daß es sich dabei um ein bestimmtes Verbrechen oder Vergehen handele, aber nicht freiwillig, sondern durch irgend welche Rücksichten gezwungen und darum die Vollendung der von ihm unterstützten That nicht sowohl wünschend als vielmehr fürchtend.

---

[222]) Über den Fall, daß er irrtümlich glaubte zu verursachen, während er lediglich eine Bedingung setzte, über diesen Fall des Irrtums des Teilnehmers hinsichtlich der Kausalität seines Thuns s. unten § 63 sub 1.

Digitized by Google

Hier kann man doch gewiß nicht sagen, daß der Wille des Gehülfen auf die Entstehung der vom Thäter geplanten That gerichtet gewesen sei."

Hierauf ist doch wohl einfach zu erwidern, daß wenn der Zwang den Vorsatz der That nicht ausschließt, er auch das Wollen des Erfolges nicht ausschließt. Es kommt eben dann auf den Gehülfen das voluit quamvis coactus voluerit zur Anwendung; er hat den Erfolg gewollt, ob er ihn gewünscht hat, ist einerlei.[223])

b. Der Teilnehmer muß ferner gewußt und gewollt haben, daß er durch seine Thätigkeit zu jenem Erfolg etwas beitrage, er muß jenen Erfolg durch seine Thätigkeit mit haben herbeiführen wollen.

c. Der Teilnehmer muß endlich gewußt und gewollt haben, daß ein Anderer zur Herbeiführung jenes Erfolges mit ihm zusammenwirke, daß dieser Andere mit ihm (bei der Mitthäterschaft) oder neben ihm (bei der Anstiftung und Beihülfe) verursachen werde. Man drückt dies gewöhnlich dahin aus: der Teilnehmer müsse sich, was der Andere gethan, durch seinen Willen angeeignet haben.

Diese Aneignung der Verursachung des Anderen durch die Verschuldung des Teilnehmers ist es vor Allem, welche die teilweise Kausalität des Teilnehmers zur Strafbarkeit der vollen Kausalität ergänzt, und gegen welche sich der Einwand v. Buri's richtet, welchen wir bereits oben zu Note 221 zurückgewiesen haben. Insbesondere entfällt durch das oben Gesagte auch die Schlußfolgerung, daß auf Grund solcher „Aneignung" eigentlich jede Teilnahme zur Thäterschaft werde.[224]) Einen anderen damit eng zusammenhängenden Einwand v. Buri's gegen die Aneignungstheorie: daß sie vollständig zur alten Komplottheorie zurückführe, werden wir unten (s. § 65 i. f.) widerlegen.

---

[223]) Es wäre ferner auch Folgendes noch gegen Borchert geltend zu machen: Er teilt die Ansicht, daß jede Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht (S. 111, 122 seiner cit. Schrift). Dann aber muß er sich von v. Buri in der Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 262 unten sagen lassen: „Da der Gehülfe weiß, daß seine Wirksamkeit den ganzen Erfolg verursachen werde, und er denselben auch haben will, wenn ihn der Urheber will, so ist es geradezu unmöglich, daß er für diesen Fall die Herbeiführung desselben nicht beabsichtigen sollte." In der That sagt denn auch Borchert selbst unmittelbar nach der im Text hervorgehobenen Stelle: „Das letzte Erfordernis der Beihülfe ist, daß der Gehülfe mit dem Vorsatz gehandelt habe, die That nicht als seine eigene, sondern als diejenige des Thäters zu unterstützen und zur Vollendung bringen zu helfen."

[224]) v. Buri folgert: ein Stück Kausalität hat der Teilnehmer nach der objektiven Theorie selbst hervorgebracht, das andere Stück eignet er sich an. Folglich hat der Teilnehmer stets das Ganze verursacht und ist daher immer Thäter (s. z. B. Abhandlungen S. 142 gegen Luden; Kausalität (1885) S. 45). Allein wir nehmen ja nicht an, daß das nicht Verursachte durch den Willen des Teilnehmers zu einem Verursachten gemacht werden kann.

Digitized by Google

§ 62.

Es ist selbstverständlich und muß von den Anhängern der objektiven wie der subjektiven Theorie gleichmäßig angenommen werden, daß das im vorigen Paragraphen ad b. gekennzeichnete Wissen und Wollen des Teilnehmers sich mit dem kausalen Charakter seiner Thätigkeit decken, daß er also unter der Annahme der v. Buri'schen Kausaltheorie durch seine Thätigkeit den ganzen Erfolg, unter der Annahme unserer Kausaltheorie nur einen Teil des Erfolges muß erzeugen wollen.[225]) Wie ist nun auf Grund der objektiven Teilnahmetheorie im Fall eines Irrtumes des Teilnehmers über die Kausalität seines Thuns zu entscheiden?

v. Buri wird nicht müde, der objektiven Teilnahmetheorie entgegenzuhalten, daß sie dem Kausalitätswillen des Teilnehmers überhaupt keine Rechnung tragen könne. Denn sobald sie dies thun wolle, werde sie von ihrer Grundlage ab und zur subjektiven Theorie hinübergedrängt.[226]) So sagt er von der objektiven Theorie:

Lehre von der Teilnahme (1860) S. 3 ff.:

„Es begeht Jemand, welcher Gehülfe zu einem Verbrechen werden will, eine Handlung, welche er ihrer objektiven Beschaffenheit nach für eine außerwesentliche" d. h. für eine untergeordnete Bedingung des Erfolges „hält, die aber in Wirklichkeit gegen sein Wissen eine wesentliche" d. h. die Ursache des Erfolges „ist, ein Irrtum, der sich bei der schwankenden Grenze zwischen Urheberschaft und Beihülfe, wenn man diese Begriffe von objektivem Standpunkt herleitet, leicht ergeben kann. Nach dem Prinzip der objektiven Kausalität, rein durchgeführt, dürfte auf diesen faktischen Irrtum des Handelnden kein Gewicht gelegt, es müßte vielmehr derselbe als doloser Urheber angesehen werden, denn er hat sich vorsätzlich zu einer Handlung bestimmt, durch welche er objektiv die notwendige, hinreichende ꝛc. Ursache und mithin doloser Urheber des Verbrechens geworden ist. Das wäre aber ein Verstoß gegen die Gerechtigkeit ..... Die Anhänger der objektiven Kausalität sehen sich deshalb zu einer Konzession genötigt .... Es bleibt nichts weiter übrig, als den Handelnden .... als denjenigen zu betrachten, welcher er wirklich sein will, nämlich als dolosen Gehülfen.

---

[225]) Vgl. oben unseren § 15. S. ferner: Berner, Teilnahme S. 212 vv.: Mithin muß Derjenige, der als Gehülfe eines Andern wirken soll, das Bewußtsein haben, der Andere beabsichtige selbständig die Vollbringung des Verbrechens, und er selbst unterstütze ihn nur dabei"; v. Buri, Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 266: „denn besteht wirklich eine absolute objektive Verschiedenheit zwischen beihelfender und urheberischer Wirksamkeit, so kann auch mit Notwendigkeit die beihelfende nur mit beihelfender, die urheberische nur mit urheberischer Absicht begangen werden."

[226]) Eben darum bekämpft v. Buri den von ihm sog. mittleren Standpunkt in der Lehre von der Teilnahme als einen unmöglichen; s. oben unseren § 57.

Digitized by Google

Daraus würde sich dann aber ergeben, daß der Subjektivität des Handelnden das Übergewicht über die objektive Beschaffenheit seiner Handlung eingeräumt wäre, daß diese objektive Beschaffenheit der Handlung gar nicht berücksichtigt, sondern als gleichgültig angesehen würde, und daß sich mithin das Prinzip der objektiven Kausalität ganz in dasjenige der subjektiven Begriffsbestimmung der Beihülfe umgewandelt hätte."

Müssen nun die „Anhänger der objektiven Kausalität" dies zugeben, „so müssen sie, wenn sie nicht abermals inkonsequent werden wollen, auch weiter zugestehen, daß derjenige als Urheber zu betrachten sei, welcher eine wesentliche, für den Erfolg notwendige Thätigkeit zu äußern vermeint, während dieselbe in Wirklichkeit eine außerwesentliche ist, und es ergiebt sich deshalb auch hier die oben beschriebene Erscheinung."

Diesen Vorhalt wiederholt v. Buri dann in seinen übrigen oben in Note 20 genannten Schriften in immer neuen Wendungen, von denen hier nur noch eine, auf Anstiftung und intellektuelle Beihülfe bezügliche, wiedergegeben werden soll. Es heißt in:

Abhandlungen (1862) S. 133 sub 2:

„Wenn das von der objektiven Kausalität der Handlung hergenommene Unterscheidungsmoment zwischen Urheberschaft und Beihülfe mit der Subjektivität des Handelnden in Widerspruch tritt, wenn also der Handelnde eine nach ihrer objektiven Beschaffenheit urheberische Handlung, indem er deren kausale Energie nicht richtig ermißt, für eine nur beihelfende hält und sie in diesem Sinne unternimmt, wenn er insonderheit etwa denjenigen, auf welchen er intellektuell einwirkt, für bereits entschlossen hält, derselbe aber in Wirklichkeit noch gar nicht an das Verbrechen gedacht hat, und sich vielmehr erst durch die intellektuelle Thätigkeit zur Begehung des Verbrechens veranlaßt findet, so muß offenbar das objektive Kriterium preisgegeben, und der Handelnde darf, obgleich seine Handlung nach ihrer objektiven Beschaffenheit eine urheberische ist, nur als Gehülfe angesehen werden. Damit ist aber überhaupt die Unrichtigkeit objektiver Unterscheidungsmerkmale zwischen Urheberschaft und Beihülfe dargethan. Bei einer lediglich subjektiven Unterscheidung der Urheberschaft und Beihülfe kann sich ein solcher Irrtum nicht ergeben."

Man vgl. weiter noch:

Goltdammer's Archiv XII. (1864) S. 506 oben (gegen Berner).
Goltdammer's Archiv XVII. (1869) S. 233 ff. S. 305 ff. (gegen Geyer).
Gerichtssaal XXV. (1873) S. 238, 245 (gegen Hälschner).
Kausalität (1873) S. 103 unten.
Goltdammer's Archiv XXIV. (1876) S. 92 (gegen Ortmann).
Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 199, 200 (gegen Schütze).
Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 266 (gegen Hälschner).
Kausalität (1885) S. 12 unten, S. 50, 60, 61 unten (gegen mich und Binding).

Digitized by Google

§ 63.

In Wahrheit besteht diese angeblich „unlösliche Schwierigkeit“[227]) für die objektive Theorie überhaupt nicht. Es ist von vornherein nicht richtig, daß die letztere, rein durchgeführt, den Irrtum über die Kausalität überhaupt nicht beachten dürfe. Dem gegenüber ist schon oben in § 57 darauf hingewiesen, daß die Teilnahmehandlung wie jede strafbare Handlung sich aus einem kausalen und aus einem Schuldmoment zusammensetzt, woraus sich von selbst ergiebt, daß die gewöhnlichen Grundsätze über den Einfluß des Irrtums auf die Schuld auch in der Lehre von der Teilnahme gelten müssen. Die Anwendung dieser allgemeinen Grundsätze enthält nicht die mindeste Konzession an die subjektive Theorie. Fragen wir nun aber, wie der Irrtum über die Kausalität seines Thuns auf die Schuld des Teilnehmers influiert, so müssen wir unterscheiden:

1. Glaubte und beabsichtigte Jemand zu verursachen, also Thäter zu werden, während er in Wahrheit nur eine Bedingung setzte, so hat er von Anfang an nicht mit dem oben in § 61 geschilderten Teilnehmerdolus gehandelt, kann also auch als Teilnehmer überhaupt nicht gestraft werden. Noch weniger aber kann die objektive Theorie, wie v. Buri (oben auf S. 131) ihr einreden möchte, wegen Urheberschaft (d. h. Thäterschaft) strafen; sie würde sonst den bloßen bösen Willen, der eine Verwirklichung nicht gefunden, ahnden. Es kann endlich auch nicht etwa von der Bestrafung wegen Versuchs die Rede sein, denn es fehlt an einem Anfang der Ausführung im objektiven Sinn. Der Fall reduziert sich vielmehr einfach darauf, daß Jemand, der eine Ausführungshandlung vornehmen wollte, nur eine Vorbereitungshandlung vorgenommen hat. Ist diese nicht etwa als delictum sui generis strafbar, so tritt Straflosigkeit ein.

2. Glaubte und beabsichtigte Jemand als Teilnehmer eine Bedingung des Erfolges zu setzen, während er in Wahrheit den Erfolg verursacht hat, also Thäter geworden ist,[228]) so kommt es darauf an, ob er bei reiflichem Nachdenken den Erfolg als mögliche Wirkung seiner Thätigkeit voraussehen konnte oder nicht. Ersterenfalls ist er nicht mehr als Teilnehmer, sondern als kulposer Thäter zu strafen. Letzterenfalls

---

[227]) Welche, wie v. Buri in der Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. lc. meint, „geradezu notwendig auf die Richtigkeit des ausschließlich subjektiven Standpunkts hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihülfe hinweist“.

[228]) Der A. wollte z. B. den B. halten, damit ihn C. mißhandeln könne, und hat dabei selbst den B. am Körper verletzt.

Digitized by Google

steht nichts im Wege, ihn immer noch als Gehülfen zu strafen, wenn der Erfolg, zu dessen Hervorbringung er dem Andern helfen wollte, von diesem wirklich hervorgebracht worden ist.[229]) Ist diese Voraussetzung nicht gegeben, so müssen wir, im Einklang mit den allgemeinen strafrechtlichen Prinzipien, freisprechen.

3. Glaubte und beabsichtigte Jemand anzustiften, während er in Wahrheit einen schon Entschlossenen in seinem Entschluß lediglich bestärkte, so steht nichts im Wege, ihn wegen intellektueller Beihülfe zu strafen. Denn der Wille, den Andern in der Richtung auf das Verbrechen intellektuell zu beeinflussen, bleibt trotz des Irrtums vorhanden. Einen Versuch der Anstiftung aber, an welchen man auch denken könnte, giebt es nicht: s. unten in § 80.

4. Glaubte und beabsichtigte Jemand intellektuelle Beihülfe zu leisten, während er in Wahrheit anstiftete, so entscheiden wir mit v. Buri (oben auf S. 131) dahin, daß nur wegen Beihülfe zu strafen sei. Denn die Schuld, einen noch nicht Entschlossenen zum Verbrechensentschluß bringen zu wollen (oben Note 185), wird durch die irrige Annahme, einen schon Entschlossenen vor sich zu haben, ausgeschlossen. Eine fahrlässige strafbare Anstiftung aber giebt es nicht (oben § 60). Irgend welcher Abfall von unserer Theorie ist in dieser Entscheidung nach dem oben in § 57 und im Eingang dieses Paragraphen Dargelegten mit Nichten enthalten.

5. Über den Fall endlich, daß Jemand glaubte, gemeinschaftlich mit einem Andern zu verursachen, also Mitthäter zu werden, während in Wahrheit, Mangels Wirksamkeit eines Andern, seine Thätigkeit eine isolierte Bedingung des angestrebten Erfolges blieb: s. unten zu Note 264.

§ 64.

Unsere Resultate bezüglich der Schuldseite der Teilnahme im positiven Recht beruhen zunächst nur auf Schlußfolgerung aus dessen Bestimmungen über die Thatseite und über die Bestrafung der Teilnahme. Diese Resultate werden durch unsere Gesetze, soweit sie sich überhaupt über die Schuldseite der Teilnahme äußern, direkt bestätigt:

a. Für die Anstiftung verlangt der § 48 (vv.: „vorsätzlich bestimmt hat" in Abs. 1, „wissentlich angestiftet hat" in Abs. 2), für die Beihülfe der § 49 (vv.: „wissentlich Hülfe geleistet hat" in Abs. 1 und 2) aus-

[229]) Dies gegen v. Buri, Teilnahme, S. 3, welcher die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Beihülfe unter allen Umständen leugnet. Wie wir entscheidet auch Binding, Grundriß S. 124 Note 1. Was v. Buri, Kausalität S. 60, gegen ihn einwendet, ist nichts als wiederum eine Reproduktion des oben zu Note 226 referierten Gedankenganges.

Digitized by Google

drücklich Dolus als Willensschuld. Unser geltendes Recht kennt also weder kulpose Anstiftung, noch kulpose Beihülfe, und kann solche auch nach dem oben in § 60 Ausgeführten bei seiner objektiven Teilnahmetheorie nicht kennen.

Als eine Ausnahme betrachtet man gewöhnlich hinsichtlich der Anstiftung den § 20 des R.-G. betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. vom 11. Juni 1870:

> „Wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit einen Andern zur Veranstaltung eines Nachdrucks veranlaßt, hat die im § 18 festgesetzte Strafe verwirkt."

Hier, wie in den §§ 16 resp. 9 resp. 14 der Reichsgesetze vom 9., 10., 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, betr. den Schutz der Photographien, betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen, in welchen der abgedruckte § 20 für entsprechend anwendbar erklärt ist, findet man eine fahrlässige Anstiftung von unserem positivem Rechte anerkannt.[230]) Wäre dies richtig, so würde unser geltendes Recht die logische Konsequenz seiner wissenschaftlichen Basis, die es im Reichsstrafgesetzbuch richtig gezogen hat, in diesen Nebengesetzen verkannt haben. Allein in Wahrheit ist dies nicht der Fall. Zwar kann man nicht mit Hälschner, Handbuch I. S. 396 Note 1 den citierten § 20 dahin interpretieren, daß er nur „die vorsätzliche Anstiftung zu einer als fahrlässig strafbaren Handlung" bedrohe.[231]) Wohl aber muß man behaupten, daß in jenen Gesetzesstellen überhaupt keine „Anstiftung" bedroht wird.[232]) Es kann nicht zweierlei begrifflich verschiedene Anstiftung in unserem geltenden Strafrecht geben. Nun stellt aber § 48 R.-Str.-G.-B. ex professo den Begriff der Anstiftung auf. Was diesem Begriff nicht entspricht, ist überhaupt keine Anstiftung. Die in den citierten Paragraphen bedrohte Handlung entspricht der Begriffsbestimmung des § 48 R.-Str.-G.-B. nicht nur nicht insofern sie auch als fahrlässig möglich ist, sondern auch insofern sie selbst dann strafbar ist, wenn der „Veranstalter des Nachdrucks" seinerseits weder dolo noch culpa gehandelt hat, also vollkommen schuldlos ist (vgl. Abs. 1 i. f. und Abs. 2 des § 20 cit.). Damit scheidet die Handlung des „Veranlassens" des § 20 cit. überhaupt aus der Lehre von der Teilnahme aus, welche ein schuldhaftes Zusammenwirken Mehrerer verlangt. Die citierten

---

[230]) Vgl. z. B. H. Meyer, Lehrbuch, § 33 Note 15 S. 277; § 35 Note 5 S. 289; v. Liszt, Lehrbuch, § 51 Note 1 S. 214; Oppenhoff, Kommentar zu § 48 sub 20; Olshausen, Kommentar zu § 48 sub 6.

[231]) Vgl. hiergegen auch Olshausen lc.

[232]) Ich nehme hiermit die in meinem Ursachenbegriff Note 117 S. 75 geäußerte gegenteilige Auffassung des § 20 cit. zurück.

Digitized by Google

Bestimmungen bedrohen keine „Anstiftung", welchen Ausdruck sie auch richtig vermeiden, sondern ein delictum sui generis des „Veranlassen zur Veranstaltung eines Nachdrucks".

So wenig hier eine Ausnahme von der Vorsätzlichkeit der Anstiftung, so wenig ist in § 121 Abs. 2 R.-Str.-G.-B.:

> „Ist die Entweichung (scil. eines Gefangenen) durch Fahrlässigkeit befördert worden, so tritt Gefängnisstrafe . . . . . ein"

und in § 347 Abs. 2 daselbst:

> „Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert oder erleichtert worden, so tritt Gefängnisstrafe . . . . ein"

eine Ausnahme von der Vorsätzlichkeit der Beihülfe enthalten. Es handelt sich vielmehr auch hier um ein selbständiges, sowohl dolo als culpa begehbares Verbrechen.[233])

Hält nun aber unser positives Recht auf der einen Seite daran fest, daß die Bestrafung wegen Anstiftung und Beihülfe Dolus voraussetzt, und bedroht es andererseits fahrlässiges Veranlassen und Unterstützen fremder Handlungen, wo es dasselbe gestraft wissen will, als delicta sui generis, so ergiebt sich daraus m. E. ganz unwiderleglich, daß es im Übrigen fahrlässige Veranlassung und Unterstützung fremder Verbrechen straflos lassen will, und scheint es mir daher, ganz abgesehen von der Frage der Konstruierbarkeit, jedenfalls unzulässig, in solchen Fällen den Veranlassenden oder Unterstützenden als fahrlässigen Thäter des veranlaßten oder unterstützten Verbrechens strafen zu wollen.[234])

b. Was den Inhalt des Dolus des Anstifters und des Gehülfen nach §§ 48, 49 R.-Str.-G.-B. anlangt, so ergiebt sich aus den Worten dieser Paragraphen verbunden mit § 59 R.-Str.-G.-B., daß die Teilnehmer müssen gewußt und gewollt haben

der Anstifter: daß er durch sein Verhalten einen Andern zur Begehung einer konkreten strafbaren Handlung bestimme;

der Gehülfe: daß er durch sein Verhalten dem Thäter eines konkreten Deliktes zur Begehung desselben Hülfe leiste.

Darin liegt, daß das Wissen und Wollen des Anstifters wie des

---

[233]) So auch richtig bez. des § 121 Abs. 2 v. Liszt lc.: „Doch liegt hier eben keine Teilnahmehandlung, sondern ein selbständiges Verbrechen vor." Warum dann aber in § 20 des Nachdrucksgesetzes „eine unzweifelhafte Ausnahme"?

[234]) So bezüglich der sog. fahrlässigen Anstiftung Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 338 sub 1, S. 341 sub 1; Binding, Grundriß § 70 sub I. 1; bezüglich der „fahrlässigen Anstiftung" wenigstens zu fahrlässigen Delikten v. Liszt, Lehrb. § 51 sub II. 2; Olshausen zu § 48 sub 6; bezüglich der sog. fahrlässigen Beihülfe Geyer lc. S. 379 sub 1; bezüglich der „fahrlässigen Beihülfe" wenigstens zu fahrlässigen Delikten: v. Liszt, Lehrb. § 52 sub II. 2. Mit Recht dagegen Hälschner, Handbuch I. S. 396 zu Note 1; v. Buri, Kausalität (1885) S. 57.

Digitized by Google

Gehülfen umfassen muß den verbrecherischen Erfolg, die eigene Mitwirksamkeit für denselben, und die Mitwirksamkeit des Thäters: völlig in Einklang mit dem von uns oben in § 61 Ausgeführten.[235])

§ 65.

c. Bezüglich des subjektiven Thatbestandes der Mitthäterschaft enthält der § 47 R.-Str.-G.-B. keine ausdrückliche Bestimmung. Allein wenn kein Mitthäter für sich allein den verbrecherischen Erfolg verursacht, sondern jeder nur einen Teil, und wenn doch jeder als Thäter des Ganzen bestraft werden soll, wie der § 47 dies vorschreibt: dann muß jeder mit dem Bewußtsein und Willen gehandelt haben, daß seine eigene Thätigkeit durch die Thätigkeit des Andern zur Ursache des Erfolges ergänzt werde, dann muß also, um uns der üblichen Terminologie zu bedienen, jeder durch seinen Willen sich die Thätigkeit des Andern angeeignet haben: vgl. oben § 58 i. f. und § 61 sub c.[236])

Die gegenteilige Ansicht von Geyer, daß bei der Mitthäterschaft „zum mindesten einer der Mitthäter das Bewußtsein haben muß, daß mit ihm ein Anderer absichtlich zur Ausführung des Verbrechens zusammenwirkt" oder wie er an anderer Stelle sagt, daß „auch derjenige Mitthäter ist, welcher das Bewußtsein hat, daß ein Anderer mit ihm absichtlich zur Ausführung des Verbrechens zusammenwirkt, ohne daß dieser Andere ebenfalls Kenntnis von dem Mitwirken jenes

---

[235]) Der dreifache Inhalt des Dolus des Anstifters und des Gehülfen nach unserem R.-Str.-G.-B. ist im Allgemeinen nicht bestritten, wenn auch gewöhnlich nicht hinreichend klar formuliert. Wenn v. Liszt z. B. in § 51 sub III. lehrt: „Der Vorsatz des Anstifters setzt sich aus mehreren Elementen zusammen. Er umfaßt: 1. die Vorstellung der eignen Thätigkeit; 2. die Vorstellung einer fremden Thätigkeit; 3. die Vorstellung, daß diese fremde Thätigkeit durch die eigene werde hervorgerufen werden"; und in § 52 sub III.: „Der Vorsatz des Gehülfen umfaßt: 1. die Vorstellung der eignen Thätigkeit; 2. die Vorstellung der Thätigkeit eines andern; 3. die Vorstellung, daß diese Thätigkeit durch jene unterstützt werde": so fehlt hier der Hinweis auf die notwendig zum Teilnehmerdolus gehörige Vorstellung des gemeinsam hervorzubringenden Erfolges. Dagegen läßt z. B. Olshausen die Vorstellung der eigenen Mitwirksamkeit zu wenig hervortreten, wenn er zu § 48 sub 14 den Dolus des Anstifters und zu § 49 sub 13 den Dolus des Gehülfen so wie dort geschieht näher schildert.

[236]) Gut charakterisiert Berner, Lehrb. (14. Aufl.) § 83 sub 4 den Dolus des Mitthäters. Noch besser in den ersten Auflagen; vgl. z. B. die 4. (1868) S. 181: „Mitthäter ist, wer das Verbrechen mit begeht. Er übt demnach eine den Thatbestand des Verbrechens hervorbringende Thätigkeit. Diese bildet zwar nur einen Teil der zur Begehung erforderlichen Thätigkeiten. Der Mitthäter übt sie aber in der Voraussetzung, daß andere Mitthäter andere Teile ausführen und daß somit die Bedingungen eintreten werden, unter denen seine Thätigkeit in der That das Verbrechen verwirklichen kann. So hat er, soweit seine Mitthäterschaft reicht, die Verantwortung für das ganze Verbrechen als Urheber zu tragen."

Digitized by Google

erſten zu haben braucht",[237]) verkennt, daß ein „Mitthäter" ſchon begriffsmäßig einen anderen „Mitthäter" vorausſetzt, und daß, was vom einen Mitthäter gilt, auch vom anderen gelten muß, und würde nicht zu erklären vermögen, daß nach § 47 R.-Str.-G.-B. „Jeder als Thäter beſtraft" wird.

Es geht denn auch die überwiegende Anſicht, der ſich ſelbſt v. Buri anzuſchließen gezwungen ſah,[238]) dahin, daß die Mitthäterſchaft im Sinn des § 47 R.-Str.-G.-B. ein gegenſeitig bewußtes Zuſammenwirken, ein gegenſeitiges Einverſtändnis, eine wechſelſeitige Aneignung des verbrecheriſchen Willens ſeitens der Mitthäter vorausſetze;[239]) und Geyer ſelbſt hat dies de lege lata als das Richtige anerkannt.[240])

Daß ſolche Willensbeſchaffenheit mit Fahrläſſigkeit auf Seite des einen oder anderen Mitthäters unverträglich ſei, liegt auf der Hand. „Culpa iſt nicht geeignet von Wille zu Wille eine Brücke zu ſchlagen".[241])

---

[237]) Der erſte Ausſpruch findet ſich in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 408, der zweite in der Zeitſchr. f. d. geſ. Str.-R.-W. IV. S. 218. Wie übrigens Jemand abſichtlich mit einem Andern zur Ausführung eines Verbrechens zuſammenwirken kann, ohne Kenntnis von dem Mitwirken jenes erſten zu haben, iſt von vorneherein rätſelhaft.

[238]) Im Gerichtsſaal XXV. (1873) S. 253 unten bemerkt er noch zum § 47 R.-Str.-G.-B., derſelbe ſei „unverſtändlich". „Denn es wird nicht angegeben, was unter einer gemeinſchaftlichen Ausführung begriffen werden ſoll, ob namentlich nur eine vorverſtändigte, gegenſeitig bewußte — mithin juriſtiſche, komplottmäßige — oder auch nur eine rein thatſächliche." Dagegen bemerkt er Kauſalität (1885) S. 44 zum § 47 cit.: „Die gemeinſchaftliche Ausführung Mehrerer ſoll bewirken, daß der Erfolg jedem Einzelnen ganz zuzumeſſen ſei. Ob dieſe gemeinſchaftliche Ausführung bezüglich jedes Einzelnen vorgenommen werden ſoll, wenn auch nur er allein von allen Übrigen Kenntnis hatte, die Übrigen aber nicht von ihm, ob ſie alſo nur eine einſeitig bewußte zu ſein braucht, oder ſie ein gegenſeitiges Bewußtſein vorausſetzt, iſt aus dem § 47 nicht zu entnehmen. Die ihm zu Grunde liegende Theorie beruht jedoch auf der Meinung, daß nur im Falle einer unter den Mehreren beſtandenen Willenseinheit jedem Einzelnen auch das von allen Übrigen Verurſachte und ſonach das Ganze zur Laſt geſetzt werden könne." Und auf S. 50, 51 endlich anerkennt er direkt: „die gemeinſchaftliche Ausführung des § 47 ..... ſetzt ..... allerdings nur das rein äußerliche Moment der gegenſeitig bewußten Thätigkeit voraus"; [scil. nicht ein Thätigwerden im eigenen Intereſſe]. Vgl. auch noch unten Note 243.

[239]) Beſonders treffend Olshauſen in der 2. Aufl. zu § 47 sub 8; weniger gut jetzt in der 3. Aufl. zu § 47 sub 4. S. außerdem Oppenhoff zu § 47 sub 8; Berner § 83 sub 4 S. 153; v. Liszt § 50 sub I. nach Note 2; H. Meyer § 34 sub 2, allerdings im Widerſpruch zu § 33 sub 5. Endlich ſchon früher: Köſtlin, Neue Reviſion (1845) S. 563, Syſtem (1855) § 102 S. 335; Hälſchner, Syſtem I. (1858) S. 322; Schütze, Notwend. Teilnahme (1869) S. 199.

[240]) Geyer ſagt zwar auch im Artikel „Mitthäterſchaft" in v. Holtzendorff's Rechtslexikon 3. Aufl. (1881): „Ein gemeinſam gewußtes und gewolltes, ein verſtändigtes Zuſammenwirken iſt alſo zur M. nicht erforderlich, es giebt eine einſeitige M." Aber er fügt hinzu: „Der § 47 iſt freilich nur auf die mit gegenſeitigem Bewußtſein Zuſammenwirkenden („gemeinſchaftlich Ausführenden") anwendbar."

[241]) So Berner, Teilnahme S. 173.

Digitized by Google

Fahrlässige Mitthäterschaft, wie sie z. B. Binding nach § 47 R.-Str.-G.-B. für möglich hält,[242]) können wir bei unserer Konstruktion dieser Gesetzesbestimmung uns nicht denken. Und wiederum giebt uns unser hauptsächlichster Gegner, v. Buri, de lege lata Recht.[243])

So ergiebt sich denn als Willensschuld des Mitthäters nach § 47 R.-Str.-G.-B. Dolus mit dem dreifachen Inhalt:

des Wissens und Wollens des gemeinsam herzustellenden Erfolges;
des Wissens und Wollens der eigenen Mitwirkung zu demselben;
des Wissens und Wollens der Mitwirksamkeit des andern Mitthäters.

Mindestens mißverständlich ausgedrückt ist es hiernach, wenn für den Mitthäter postuliert wird, er müsse mit dem Dolus des Alleinthäters handeln.[244]) Nur infolge eines Irrtums, der sofort den Begriff der Mitthäterschaft ausschlösse,

---

[242]) Grundriß § 70 sub I. 2.: „Mitthäter sind diejenigen, welche eine strafbare Handlung gemeinsam ausführen, mit Ausnahme der Anstifter und der Gehülfen. Sie können alle vorsätzlich oder alle fahrlässig oder ein Teil vorsätzlich, der andere fahrlässig handeln." Mit Recht bemerkt hierzu v. Buri, Kausalität (1885) S. 61: „Dieser Begriff der Mitthäterschaft stimmt aber mit § 47 Str.-G.-B. nicht überein."

[243]) Kausalität (1885) S. 47: „Es muß aber auch die Konsequenz des § 47 Str.-G.-B. dahin führen, daß die Mehreren, deren ausführende Wirksamkeiten den Erfolg verursacht haben, für denselben nicht einzustehen brauchen, wenn auch nur Einer von ihnen fahrlässig oder schuldlos handelte . . . Denn an und für sich verursacht jeder ja nur seinen Anteil am Erfolge und von einer verbrecherischen Willenseinheit würde vorliegend keine Rede sein können." Vgl. ferner Denselben, Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. S. 292 vv.: „Kann eine Mitthäterschaft auch zwischen dolosen und fahrlässigen Thätern bestehen, so muß es unrichtig erscheinen, daß die Mitthäter durch ein subjektives Band, das Handeln in gleicher Absicht, verbunden sein müßten, womit die rechtliche Bedeutung der Mitthäterschaft überhaupt entfällt, da dann jeder einzelne nur nach seinem eigenen Willen und seiner eigenen Wirksamkeit beurteilt werden kann." Vgl. endlich v. Liszt S. 212: „Indem das Gesetz „gemeinschaftliche Ausführung" verlangt, bezeichnet es den Vorsatz der Beteiligten als Begriffsmerkmal der Mitthäterschaft."

[244]) Vgl. insbes. Olshausen zu § 47 sub 4: „Jeder Mitthäter muß sonach mit dem Dolus des Alleinthäters handeln." Näher erklärt wird dieser Satz durch die anderen, daß „jeder Mitthäter notwendig den auf Realisierung eines Verbrechens, als eigenen Verbr., gerichteten Vorsatz vollständig besitzen muß"; und daß hiemit „die Richtung des Willens jedes Mitthäters auf das ganze Delikt gefordert werde." Allein ganz deutlich ist daraus Olshausen's Meinung noch nicht zu erkennen. Sollte gesagt werden: der Mitthäter muß wollen, daß das ganze Delikt — scil. durch sein und des andern Mitthäters Zusammenwirken — verübt werde, so ist das richtig. Sollte gesagt werden: der Mitthäter muß wollen, daß er als Alleinthäter das ganze Delikt hervorbringe — und dieser Sinn liegt den gebrauchten Worten nach näher — so ist das unrichtig. Ebenso mißverständlich ist der Satz bei H. Meyer S. 285: „Nicht darf der Wille des Mitthäters auf einen Teil der Ausführung beschränkt sein; vielmehr wird die Richtung seines Willens auf das Ganze des Delikts erfordert." Ich stelle dem Satz entgegen: Wohl muß der Wille des Mitthäters darauf beschränkt sein, daß er nur einen Teil der Ausführung vornehme; aber er muß zugleich wollen, daß unter seiner und des andern Mitthäters Mitwirkung das Ganze des Delikts hervorgebracht werde.

Digitized by Google

könnte ein „Mitthäter" glauben und beabsichtigen, Alleinthäter des gewollten Erfolges zu sein.[245])

Wenn aber endlich v. Buri behauptet, die Auffassung des Mitthäterdolus, welche nach Vorstehendem das Reichsstrafrecht adoptiert hat, führe zur alten Komplottheorie zurück,[246]) so müssen wir dies bestreiten. Zunächst verwahren wir uns gegen die Identifizierung eines gegenseitig bewußten, einverständlichen, und eines komplottmäßigen Zusammenwirkens. Das Komplott setzt eine der Thätigkeit vorausgegangene ausdrückliche Verabredung voraus.[247]) Auf einer solchen kann das Zusammenwirken der Mitthäter beruhen; es kann aber auch das gegenseitige Einverständnis der Mitthäter erst im Augenblick der Ausführung selbst stillschweigend erfolgt sein.[248]) Für unseren Begriff, für unsere Konstruktion der Mitthäterschaft ist das Vorliegen der einen oder andern Modalität ohne allen Belang. Auf keinen Fall aber ist unsere Auffassung irgendwie genötigt, die alte Komplottheorie in dem Sinne wieder zu beleben, daß sie in der (ausdrücklichen oder „stillschweigenden") Verabredung als solcher schon eine besondere Schuldform erblickte. Sie würde in ihr immer nur die Erscheinung eines Teiles der Schuldseite der Teilnahme erblicken, zu der sich stets noch die Thatseite derselben gesellen muß, damit Strafe Platz greifen kann. Und so sieht ja auch unser geltendes Strafrecht, obwohl die von uns entwickelte Auffassung der Mitthäterschaft die seinige ist, im Komplott keine besondere Schuldform.

---

[245]) Vgl. oben Text zu Note 225 und in § 63 sub 1.

[246]) Vgl. z. B. Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 205. Hier behauptet v. Buri, alle Diejenigen, welche der Ansicht sind, daß der Teilnehmer nicht den ganzen Erfolg, sondern nur ein Stück desselben verursache und für das Ganze verantwortlich werde nur durch seine Schuld, seien zur Verwerfung des Komplotts, als juristisch besonderer Art der Teilnahme, in keiner Weise berechtigt. „Denn sie stützen sich zur Begründung dieser Ansicht auf ein unter allen Mitwirkenden bestehendes gegenseitig bewußtes Einverständnis, welches nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Verabredung — also eben nur durch Komplott — herbeigeführt werden kann (m. Teiln. 1860, m. Abhandl. 1862)." Vgl. ferner Kausalität (1885) S. 45 vv.: „Jedenfalls kann indessen von einer hergestellten Willenseinheit nur dann die Rede sein, wenn sie eine gegenseitig bewußte, eine komplottmäßige ist"; S. 55: „Zur Verwerfung des Komplotts ist man nur dann berechtigt, wenn man die volle Ursächlichkeit der Mitwirksamkeit anerkennt und auch bei der Teilnahme zur Anwendung bringt." S. endlich die übrigen oben in § 24 abgedruckten Stellen aus v. Buri's Schriften.

[247]) Vgl. Näheres über die Bedeutung von Komplott bei Schütze, Notwendige Teilnahme S. 205 ff.

[248]) In welchem Fall die ältere Doktrin von „zufälliger Miturheberschaft" unter ausdrücklicher Gegenüberstellung der auf Komplott beruhenden sprach: s. z. B. Köstlin, System, S. 335. Näheres hierüber bei Schütze lc. S. 199 ff., welcher die „sog. zufällige Mitthäterschaft" wieder in die nicht vorberedete im engern Sinn und in die plötzliche Mitthäterschaft scheidet, und bezüglich beider auf S. 200 bemerkt: „Selbstredend müssen wir jegliche Vorverständigung, auch die dem Beginn des Thataktes unmittelbar vorhergehende, ausscheiden und dem sogenannten Komplott zuweisen." S. auch noch H. Meyer, Lehrb. § 34 sub 4.

Digitized by Google

§ 66.

Es ist eine schon früher vertretene,[249]) insbesondere aber von Schütze eingehend verteidigte[250]) Anschauung, daß eine Willenseinigung, wie wir sie für den Begriff der Mitthäterschaft als notwendig erkannt haben, auch zwischen den Anstiftern und den Thätern und zwischen den Gehülfen und den Thätern Platz greifen müsse.

Allein ein innerer Grund für diese Annahme liegt nicht vor. Bewußtsein und Wollen der Thätigkeit des Mitwirkenden ist, wie wir oben § 58 i. f. sahen, nur um deswillen nötig, weil allein hierdurch die mangelnde Kausalität die nötige Ergänzung findet, um wegen des ganzen Erfolges strafen zu können. Jenes Wissen und Wollen ist also auch nur soweit nötig, als es dieser Ergänzung bedarf, als unvollständige Kausalität vorliegt: das heißt für die Mitthäter, die Anstifter und die Gehülfen. Der Thäter hingegen verursacht ja den Erfolg vollständig und kann also wegen dieses Erfolges, sobald ihn zugleich Schuld bezüglich desselben trifft, auch gestraft werden, ohne daß zur Begründung dieser Strafbarkeit Wissen und Wollen der Mitwirkung des Anstifters oder Gehülfen erforderlich wäre. Es ist in der That auch gar nicht abzusehen, warum zum Begriff des Thäters noch mehr und Anderes gehören sollte, wenn Teilnehmer neben ihm stehen, als wenn er allein steht; er bleibt stets derselbe Thäter und selbst ein vorausgegangenes Komplott ändert den juristischen Charakter der Thäterschaft nicht, sondern influiert nur auf die Strafausmessung.

Wenn also das positive Recht nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt, so haben wir anzunehmen, daß der Thäter von der Anstiftung oder Beihülfe nichts zu wissen braucht, daß also ein gegenseitiges Bewußtsein und Wollen des Zusammenwirkens zwischen Thäter und Anstifter, zwischen Thäter und Gehülfen nicht erforderlich ist. In unserem positiven Recht fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Bestimmung. Und bezüglich der Beihülfe ist es denn auch allgemein anerkannt, daß sie dem Thäter nicht bewußt zu sein

---

[249]) Vgl. z. B. Temme, Lehrb. des preuß. Strafrechts (1853), S. 323: „Die eigentliche Teilnahme am Verbrechen besteht also in einem gewollten Zusammenwirken Mehrerer zur Hervorbringung eines Verbrechens als eines gemeinsamen. . . . . Nicht allein auf das bewußte Zusammenhandeln kommt es an, sondern darauf, daß dieses Zusammenhandeln in gegenseitigem Einverständnisse geschah."

[250]) Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (1869) S. 186 ff.: „Der Mitschuldanteil." Auf S. 189 heißt es: „Nicht das lediglich beiderseitige, für jeden Einzelnen aber einseitige Bewußtsein, sondern erst gemeinsam gewußtes und gewolltes — so zu sagen verständigtes — Zusammenwirken von Wille und That bildet das Kennzeichen der eigentlichen verbrecherischen Mitwirkung, sei im Übrigen dieselbe Mitthäterschaft oder Thäterschaft und Hülfe, oder endlich Thäterschaft und Anstiftung." S. auch Denselben, Lehrbuch S. 145: unten Note 254.

Digitized by Google

braucht.[251]) Das Nämliche muß, obwohl es faktisch viel weniger leicht vorkommen wird,[252]) juristisch auch bezüglich der Anstiftung gelten.[253])

Hieraus ergiebt sich dann aber die wichtige Konsequenz, daß nach unserem Recht Anstiftung und Beihülfe auch zu fahrlässiger Thäterschaft strafbar sind. Begrifflich ausgeschlossen wäre dies nur (vgl. zu Note 241 ff.), wenn, was nicht der Fall ist, eine Willenseinigung zwischen Thäter und Teilnehmer erforderlich wäre.[254]) Gesetzlich verlangt ist Dolus des Thäters nicht.[255]) Folglich ist es unbegründet, ihn zu postulieren.[256])

---

[251]) Vgl. z. B. Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 386, IV. S. 166; Grundriß I. S. 140 sub 4; Oetker in Goltdammer's Archiv XXVI. S. 281 Note 86; H. Meyer, Lehrb. 1. Aufl. S. 235, 2. Aufl. S. 228, 3. Aufl. S. 263 sub 4, 4. Aufl. S. 278; Berner, Lehrb. 14. Aufl. S. 159 sub 5; Schütze, Lehrb. 2. Aufl. S. 145 Note 8; v. Liszt, Lehrb. 3. Aufl. § 52 sub III. S. 218; Olshausen zu § 49 sub 17. — Wenn aber auch das Wissen des Thäters um die ihm geleistete Beihülfe nicht nötig ist, so ist es doch andererseits gewiß nicht richtig, wenn v. Buri, Abhandlungen S. 117, meint: „Ob der Urheber Kenntnis von dem Gehülfen hatte oder nicht ist durchaus gleichgültig." In dem von Schütze, Lehrbuch S. 145 Note 8, gebrachten Beispiel: „A. hat wissentlich den Diebstahl des B. durch Aufschließen der Thür des (Bestohlenen) X. ermöglicht 1. mit Wissen, oder 2. ohne Wissen des B." muß ad 1 wegen der dann vorhandenen gegenseitigen Aneignung ganz anders entschieden werden als ad 2.

[252]) Undenkbar aber ist der Fall, daß der Thäter durch intellektuelle Beeinflussung seitens eines Andern, ohne sich dessen bewußt zu werden, auf den Gedanken des Verbrechens gebracht und zum Verbrechen bestimmt wurde, keineswegs. Mit Recht macht Olshausen zu § 48 sub 13 in dieser Beziehung auf jene Anstiftung aufmerksam, welche unter dem Scheine des Gegenteils, z. B. in der Form einer Abmahnung, erfolgt. Vgl. den Fall Nr. 55 in Osenbrüggen's Kasuistik S. 117.

[253]) Richtig Olshausen zu § 48 sub 13: „Ein Bewußtsein auf Seiten des Angestifteten davon, daß er zu der von ihm zu begehenden straf. Hdlg. angestiftet worden sei, ist nicht erforderlich; denn es ist lediglich entscheidend, ob „der Andere" durch den Anstifter mittels des von diesem angewendeten Mittels bestimmt wurde." Vgl. auch H. Meyer S. 277 vv.: „Nicht nötig ist endlich ein Einverständnis zwischen Thäter und Teilnehmer."

[254]) Daher vollkommen konsequent Schütze, Lehrbuch S. 145: „Verbrechermehrheit (Teilnahme am Verbrechen) im engeren S. liegt nur dann vor, wenn ein gemeinsam gewußtes und gewolltes (ein verständigtes) Zusammenwirken von Wille und Bethätigung mehrerer Personen, wenn Mitschuld eine Übelthat ins Leben gerufen hat. Dadurch wird ausgeschlossen: zuvörderst das Gebiet der lediglich fahrlässigen Delikte; sodann der Fall a. des einerseits fahrlässigen, andererseits vorsätzlichen Handelns; b. des einerseits zwar vorsätzlichen Handelns, aber ohne Willenseinigung."

[255]) Für den Fall der Anstiftung scheint sogar die Erwägung, daß die „Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums" (§ 48) nach § 59 R.-Str.-G.-B. möglicherweise eine Fahrlässigkeit des Angestifteten bestehen lassen kann, direkt auf die gesetzliche Anerkennung einer Anstiftung zu fahrlässigem Verbrechen hinzuführen. Die Behauptung, daß in solchem Fall Anstiftung nicht anzunehmen, weil „Teilnahme überhaupt, Anstiftung insbesondere nach positivrechtlicher Auffassung nur an, bez. zu vorsätzlichem Handeln möglich" sei, und daher in unserem Fall mittelbare Thäterschaft angenommen werden müsse (so v. Liszt, Lehrb. § 49 sub III. 2, § 51 sub I. i. f. und sub II. 1), dürfte doch wohl petitio principii sein: m. E. ist § 48 R.-Str.-G.-B. auch auf den Fall vorsätzlicher Bestimmung zu fahrlässigen Verbrechen anwendbar und was immer unter die Norm des § 48 cit. gebracht werden kann, scheidet damit, meine ich, aus dem Begriff der mittelbaren Thäterschaft ipsa lege aus: vgl. oben § 54.

[256]) Einverstanden mit der hier vertretenen Ansicht: Binding, Grundriß § 70

Digitized by Google

§ 67.

Die nähere Untersuchung des subjektiven Thatbestandes der Teilnahme nach positivem Recht hat unsere oben in § 37 aufgestellte Behauptung bestätigt, daß im Reichsstrafrecht sich keine Spur finde von den Momenten, welche nach der subjektiven Theorie die Unterscheidungsmerkmale bilden sollen. Nirgends ist die Rede davon oder konstruktionelle Notwendigkeit dafür vorhanden, zu unterscheiden nach Thätig-Werden in eignem oder fremden Interesse, animo auctoris oder adjutoris, mit selbständigem oder fremdem Willen untergeordnetem Entschlusse.

Damit entfällt auch jene Schwierigkeit, welche für die subjektive Theorie vorliegt bei den einen bestimmten Zweck des Thäters für ihren Thatbestand erfordernden Verbrechen (oben Note 24), für die objektive Theorie vollständig.

Der Thäter muß, soll er z. B. wegen Diebstahls gestraft werden, die Absicht, sich die fremde Sache rechtswidrig zuzueignen, unter allen Umständen gehabt haben; eine Wegnahme in anderer Absicht, wenn auch mit völlig selbständigem Entschlusse, ausgeführt ist kein Diebstahl. Bei Mitthäterschaft genügt es, wenn bei der gemeinschaftlichen Ausführung nur einer der Mitthäter diese Absicht verfolgte, die übrigen sich dessen bewußt waren. Wenn der A. wissend und wollend mit dem B. zu-

---

sub I. 3 und 4, wo definiert wird: „Anstifter. Dies ist derjenige, der .... einen Anderen zu dem von diesem begangenen vorsätzlichen oder fahrlässigen Verbrechen bestimmt hat" und „Gehülfe ist derjenige, welcher .... einem fremden, sei es vorsätzlichen, sei es fahrlässigen Verbrechen .... durch Rat oder That Beistand leistet." Wenn v. Buri, Kausalität (1885) S. 59, demgegenüber auf die Bestimmungen verweist, wonach Anstifter und Gehülfe nach demjenigen Gesetze bestraft werden sollen, welches auf die strafbare Handlung Anwendung findet, an der sie Teil genommen, und es „undenkbar" findet, daß z. B. „der vorsätzliche Gehülfe nach dem für die fahrlässige Thäterschaft bestehenden Gesetze bestraft werden könnte": so ist darauf mit Binding lc. „Zu 3. und 4." zu erwidern, daß dies vermöge der akzessorischen Natur der Teilnahme (s. unten im dritten Kapitel) recht wohl denkbar sei. Einverstanden auch Olshausen zu § 48 sub 18 (nicht ohne Widerspruch mit ebenda sub 3 und 11 c.), zu § 49 sub 18; Borchert, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 60, 82 und die dort weiter Citierten. — Auch für das früherere Strafrecht haben bereits Marezoll, das gemeine deutsche Kriminalrecht (3. Ausg.) S. 124 Note 4; Luden, Handbuch des Strafrechts I. S. 441 und Köstlin, System S. 300 (bezüglich der Anstiftung) die Möglichkeit einer Teilnahme an kulposen Verbrechen anerkannt. — Dagegen leugnet die Mehrzahl der Schriftsteller Anstiftung und Beihülfe zu kulposen Verbrechen. So z. B. Temme, Lehrb. d. gem. d. Strafr. (1876) S. 131 zu Note 1; Köstlin, Neue Revision (1845) S. 502; System S. 282 zu Note 3 (bezüglich der Beihülfe); Berner, Teilnahme (1847) S. 213, 290; Hälschner, System I. (1858) S. 300, 301; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. (1871) S. 341 sub 2 und die in Note 2 daselbst Citierten, S. 380 sub 2 und wieder die in Note 2 Citierten; v. Liszt, Lehrb. § 51 sub II. 1, § 52 sub II. 1; Schütze, Lehrb. 2. Aufl. (1874) S. 145 zu Note 7; Hälschner, Gem. Strafr. I. S. 374, 399 oben, 446, 447; H. Meyer, Lehrb. § 33 sub 4 der 4. Auflage.

Digitized by Google

sammen die Ausführungshandlung, also die Wegnahme verübte, so ist er Mitthäter, auch wenn er für sich die spätere rechtswidrige Zueignung nicht beabsichtigte, also kein eigenes Interesse verfolgte, sobald er nur wußte und wollte, daß B. beabsichtigte, sich die Sache rechtswidrig zuzueignen.[257]) Auf Seite des Anstifters und Gehülfen endlich ist die zum Thatbestand des Verbrechens gehörige Absicht überhaupt nicht, sondern nur das Bewußtsein vom Vorhandensein derselben beim Thäter erforderlich.[258]) Umgekehrt würde Derjenige, welcher nur eine Gehülfenhandlung beim Diebstahl vorgenommen hat, dadurch nicht zum Thäter des Diebstahls werden, daß er sie vornahm mit der Absicht sich die Sache anzueignen.[259])

---

[257]) A. A. Olshausen zu § 47 sub 13, argumentierend aus dem in diesem Sinne unrichtigen Gedanken, daß jeder Mitthäter mit dem Dolus des Alleinthäters handeln müsse (vgl. auch oben zu Note 244, 245). Allein für dasjenige, was die Absicht rechtswidriger Zueignung zur Strafbarkeit der Wegnahme fremder Sachen beiträgt, kann sich der Mitthäter durch sein Wissen und Wollen dieser Absicht bei dem Mitwirkenden geradeso verantwortlich machen, wie er sich auch für den vom Mitwirkenden verübten Teil der Wegnahme durch Wissen und Wollen dieser Mit-Wegnahme verantwortlich macht.

[258]) Hier einverstanden Olshausen zu § 48 sub 14, zu § 49 sub 16. Dagegen völlig abweichend Schwalbach im Gerichtssaal XXXI. (1879) S. 614 Note **.

[259]) Hier wieder a. A. Olshausen zu § 49 sub 16. Er vertritt hier die Ansicht, daß „derjenige, der bei der Ausführung der That selbst mit dem Dolus des Alleinthäters auch in minder hervorragender Weise, also namentlich ohne selbst eine Thatbestandshandlung vorzunehmen, mitwirkt, dennoch bei Ausführung des Thatbestandes durch Andere, als Thäter oder als Mitthäter verantwortlich ist.“ Wer also z. B. bei der Ausführung des Diebstahls dem Wegnehmenden die Leiter hält, um sich später die Sache zuzueignen, wäre nach Olshausen Thäter des Diebstahls. Es zeigt sich eben hierin (vgl. oben zu Note 164), daß Olshausen unvermerkt völlig auf den Boden der subjektiven Theorie hinübergeraten ist und eigentlich nach dem Handeln in eignem oder fremdem Interesse unterscheidet. Denn was er noch an objektiven Unterscheidungsmerkmalen festhält: ob die Thätigkeit bei der Ausführung entwickelt wurde oder nicht, ist doch zu formal, als daß es wirklich ausschlaggebend werden könnte. Wenn der A., welcher in der Absicht sich die gestohlene Sache zuzueignen, die Leiter gehalten hat, in dem Augenblick, wo oben der B. die Ausführungshandlung begeht, die Leiter losgelassen hat, soll dann A. nicht mehr als Thäter des Diebstahls strafbar sein? und wenn wirklich nicht, wer hat dann, falls B. nur im Interesse des A. wegnahm, den Diebstahl begangen?

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Die akzessorische Natur der Teilnahme nach positivem Recht.

1. Grund und Begriff der akzessorischen Natur der Teilnahme. Bedeutung ihrer Anerkennung im positiven Recht.

§ 68.

Aus unseren bisherigen Untersuchungen über die Teilnahme im Sinne des positiven Rechts ergiebt sich ganz von selbst, daß die Teilnahmehandlungen für sich betrachtet strafbare Handlungen überhaupt nicht sind. Sie stellen nach ihrer objektiven Seite dar das Setzen untergeordneter Bedingungen eines verbrecherischen Erfolges gleich den Vorbereitungshandlungen; und auch subjektiv werden sie verübt gleich Vorbereitungshandlungen mit dem Wissen und Willen, daß man durch sie den verbrecherischen Erfolg nicht verursache (vgl. oben zu Note 225, zu Note 245): folglich können sie nach unserem positiven Recht ebensowenig wie Vorbereitungshandlungen gestraft werden[260]), es sei denn, daß sie ausnahmsweise zu delicta sui generis erklärt sind[261]). Abgesehen hiervon ist die Teilnahmehandlung unseres positiven Rechts, isoliert

---

[260]) Vgl. Berner in den Verh. des 13. Jur.-T. S. 118, wo er sagt, bei unbefangenem Nachdenken müsse man finden, „daß ganz dieselben Gründe, welche den Gesetzgeber bestimmen, ... die Vorbereitungshandlungen der Regel nach nicht zu strafen, ... auch für die Straflosigkeit bloßer Anstiftungen geltend gemacht werden können. Denn mit der bloßen Anstiftung ist die Wirklichkeit des Verbrechens noch nicht gesetzt, Alles ist noch bloße Möglichkeit, das Sein oder Nichtsein des Verbrechens steht noch ganz auf dem Boden des freien Willens ..... So gelangt man zu dem Parallelismus bloßer Anstiftungen mit Vorbereitungshandlungen". Der Einwand von v. Buri in Goltdammer's Arch. XXV. S. 284, daß, wenn die Anstiftung nur Vorbereitung wäre, sie im Fall der Begehung des Verbrechens durch den Angestifteten ebenfalls nicht gestraft werden könne, fällt zusammen mit dem schon oben zu Note 219 ff. bekämpften Einwand. Was aber Berner lc. von den Anstiftungshandlungen sagt, gilt ebenso auch von den übrigen Teilnahmehandlungen.

[261]) Vgl. speziell bezüglich der Beihülfe Berner, Teilnahme S. 220 oben vv.: „sie müßte denn schon ein besonderes, selbständiges Kriminalverbrechen darstellen oder unter den Gesichtspunkt der polizeilichen Strafbarkeit fallen, in welchen beiden Fällen sie dann aber eben nicht mehr als Beihülfe in Betracht käme"; Denselben, Lehrb. 14. Aufl., § 85 Note 2 S. 160; Zachariae in Arch. d. Kr.-R. 1851, S. 217, 218; Schütze, Notw. Teilnahme S. 278 vv.: „Sie bildet als solche niemals ein selbständiges Verbrechen oder Vergehen — es sei denn, daß positives Gesetz sie im einzelnen Falle dazu stempelte; dann aber wäre sie insofern wiederum Thäterschaft, Begehungshandlung eines Sondervergehens"; u. A. m. — In unserem positiven Rechte sind zu delicta sui generis gemacht Anstiftungshandlungen in §§ 49 a, 85, 111, 141, 159, 210, 357 R.-Str.-G.-B.; § 88 der Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872; §§ 90, 100, 110, 116 Mil.-Str.-G.-B.; § 10 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884; Beihülfehandlungen z. B. in §§ 120, 121, 347, 355, § 367 Z. 3, 9, § 369 Z. 1 R.-Str.-G.-B.; § 18 des Sozialistengesetzes vom 21. Oktober 1878; §§ 7, 8 des Sprengstoffgesetzes und in ähnlichen Bestimmungen: vgl. Binding, Grundr. § 70 sub I. 4 S. 125; Liszt § 52 sub IV.

Digitized by Google

betrachtet, nichts Strafbares. Sie ist insbesondere auch nicht etwa Versuch des Verbrechens[262]), als welchen sie die subjektive Theorie auffassen muß (oben § 26). Das leuchtet von selbst ein bei Anstiftung und Beihülfe, wie wir sie kennen gelernt. Denn die Bedingungen des Erfolges, welche der Anstifter und der Gehülfe setzen, stehen gänzlich außerhalb der „Ausführung"; sie enthalten keinen „Anfang der Ausführung" des betreffenden Verbrechens[263]). Dies Letztere ist allerdings anders bei der Mitthäter-

[262]) Vgl. insbes. auch Zachariae in Goltdammer's Arch. III. S. 299 ff. sub 4.

[263]) Insbesondere ist es daher auch unrichtig, in der Anstiftungshandlung, für sich betrachtet, einen Versuch des Verbrechens zu erblicken. Diese Konstruktion ist nur Demjenigen möglich, der die Freiheit des Willens leugnet. Denn sie muß argumentieren: Falls der Angestiftete das Verbrechen ausgeführt hat, hat es der Anstifter durch ihn ausgeführt; folglich ist die Anstiftung schon für sich, auch wenn der Angestiftete das Verbrechen nicht ausgeführt hat, ein Anfang der Ausführung, und mithin ein Versuch des Verbrechens. So ist in der That Zachariae, Lehre vom Versuch, Band II. § 165 S. 34 ff. So aber auch die subjektive Teilnahmetheorie vermöge ihres unrichtigen Kausalitätsbegriffes: vgl. oben S. 57 ff. Daß die objektive Teilnahmetheorie in der Anstiftung keinen Versuch des Verbrechens erblicken kann, hat der scharf logisch denkende v. Buri selbst in Goltdammer's Archiv XXV. S. 281 vollkommen richtig erkannt. „Von objektivem Standpunkt aus", so bemerkt er treffend, „wird hingegen allerdings in der Anstiftung ein Versuch des Verbrechens selbst, ein objektiver Anfang der Ausführung der That nicht erblickt werden dürfen. Denn man müßte, wenn dann der Angestiftete thätig wird, in dessen Thätigkeit eine Fortsetzung des bereits durch die Thätigkeit des Anstifters angefangenen Verbrechens finden, so daß der physische Urheber selbst das Verbrechen niemals anfangen könnte". Für unser Reichsstrafrecht also, welches zwischen Bedingung und Ursache des Erfolges unterscheidet, und, auf indeterministischer Grundlage ruhend, in der Anstiftung nur das Setzen einer Bedingung, keine Verursachung des Erfolges, keine Ausführung sieht (oben §§ 52, 54), ist solche Konstruktion einfach unmöglich. Es war daher gänzlich verfehlt, wenn bei Gelegenheit der Reichstagsverhandlungen über die Novelle von 1876 der Versuch gemacht worden ist, jene Paragraphen unseres Reichsstrafrechts, in welchen auch die mißlungene und erfolglose Anstiftung zu gewissen Verbrechen für strafbar erklärt ist (s. die vorvorige Note), unter den Gesichtspunkt eines strafbaren Versuches der betreffenden Verbrechen selbst zu bringen: s. Stenogr. Reichstagsberichte 1875—1876 S. 848, 862, 872; Berner in den Verhandlungen des 13. deutsch. Jur.-Tages S. 113 ff. und gegen ihn wieder, seinen (unrichtigen) Standpunkt vertretend, v. Buri in Goltdammer's Archiv XXV. S. 282 ff. Vgl. auch v. Liszt, Lehrb. § 51 sub IV. 2 vv.: „Daher kann auch die versuchte Anstiftung nicht als versuchte Selbstbegehung des Verbrechens bestraft werden". Daß jene Bestimmungen unseres geltenden Rechts vielmehr delicta sui generis enthalten, das wird noch durch folgende Erwägungen unterstützt: 1. Hätte unser Recht die Anstiftung, welcher das Verbrechen selbst nicht gefolgt ist, als Versuch des Verbrechens strafen wollen, so wäre nicht abzusehen, warum es dies gerade nur in den zitierten Paragraphen gethan? 2. Die Stellung dieser sämtlichen Paragraphen — mit alleiniger Ausnahme des § 49a — im besonderen Teil des Strafgesetzbuchs beweist, daß es sich hier um selbständige Verbrechen handelt. So denn auch die Meisten. S. insbesondere Olshausen zu den genannten §§ und die von ihm Zitierten; v. Liszt, Lehrb. S. 215, 216; Oetker in Goltdammer's Arch. XXVI. S. 261; Binding, Grundriß § 70 S. 129, 130 vv.: „sie bilden eigene Verbrechen, bezüglich deren die Grundsätze über die Teilnahme gerade so wie bezüglich aller anderen Verbrechen Anwendung finden"; Berner a. a. O. Es ist petitio principii, wenn v. Buri, Kausalität (1885) S. 48 behauptet, daß das R.-Str.-G.-B. in §§ 49a,

Digitized by Google

schaft. Die Bedingung des Erfolges, welche der Mitthäter setzt, ist ein Teil der Ausführung selbst, ein Stück der Verursachung des Erfolges (vgl. oben S. 102 ff.). Was jeder Mitthäter isoliert betrachtet thut, ist also allerdings ein „Anfang der Ausführung" des Verbrechens, und der objektive Thatbestand eines Versuches wäre sonach in der Mitthäterhandlung gegeben. Allein es fehlt am subjektiven Thatbestand[264]). Der Mitthäter so wenig wie der Anstifter und der Gehülfe besitzt den „Entschluß" das betreffende „Verbrechen oder Vergehen zu verüben". Der Wille, das Verbrechen selbst zu vollenden, wie ihn jeder Versuch verlangt, fehlt jedem Teilnehmer, da derselbe stets entweder die ganze Vollendung oder doch ein Stück derselben einem Andern (dem Thäter oder Mitthäter) überlassen will[265]).

§ 69.

So bleibt es denn dabei: die Teilnahmehandlungen sind, für sich allein betrachtet, keine strafbaren Handlungen, und es ist auch de lege ferenda nicht richtig, wenn H. Meyer (Gerichtssaal XXXIII. [1881] S. 127 ff.; Lehrb. S. 278 sub 7, S. 290 f. sub 5) meint, es sei zur Strafbarkeit der Teilnahme begrifflich nicht erforderlich, „daß das Delikt, zu welchem Teilnahme geleistet wurde, in Wirklichkeit schon verübt wurde". Vielmehr werden die Teilnahmehandlungen zu strafbaren Handlungen erst, insoferne sie sich zu einer selbständig strafbaren Handlung, als Teilnahme an derselben, hinzugesellen. Sie sind nicht selbständig strafbar, sondern sind es nur aus dem Verbrechen eines Andern heraus, an welchem die Teilnehmer Teil genommen haben. Sie entlehnen ihre Strafbarkeit stets einem fremden verbrecherischen Verhalten. Wo keine Thäterschaft, da auch keine strafbare Teilnahme.[266]) Das ist es, was man die akzessorische Natur der Teilnahme nennt[267]).

(50,) 159 seinem „Prinzip, daß nur die physische Wirksamkeit verursache", untreu geworden sei, „weil sich dieselben nur daraus erklären, daß auch die intellektuelle Wirksamkeit die That verursache, und ihr Mißlingen als ein Versuch derselben anzusehen sei". — Vgl. endlich noch die vor dem R.-Str.-G.-B. liegende Litteratur bei Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 344.

[264]) Dies scheint Olshausen zu § 47 sub 21 zu übersehen.

[265]) Gewöhnlich wird dies nur vom Gehülfen hervorgehoben. Vgl. z. B. Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 383: „Die Hülfe ist auch keine Versuchshandlung, da diese ebenfalls den Willen voraussetzt, das Verbrechen selbst zu begehen"; vgl. auch Hälschner I. S. 375, 378. Aber ganz das Nämliche gilt auch von der Mitthäterschaft: vgl. oben §§ 61 und 65.

[266]) Vgl. Hälschner I. S. 367 § 154 in.

[267]) Vgl. über den Begriff der akzessorischen Natur der Teilnahme, der früher zumeist an der Hand der Beihülfe entwickelt wurde: Berner, Teilnahme (1847) S. 207, 219, 220; Lehrbuch § 85 sub 9 vv.: „Da die Beihülfe bloß Akzessorium der Urheberschaft ist, so kann von einer Beihülfe nicht mehr geredet werden, sobald

Digitized by Google

§ 70.

Sie steckt hiernach schon im Begriff der Teilnahme, so wie die letztere nach geltendem Recht aufzufassen ist: eben weil der Teilnehmer nur Teil nimmt an dem Verbrechen eines Andern, ist die Existenz des letzteren bedingend für das Vorliegen eines Verbrechens auf seiner Seite.[268])

---

das Verbrechen des Urhebers gar nicht in das erste Stadium des Versuchs eingetreten ist"; „die Beihülfe entlehnt ihren strafrechtlichen Charakter von dem Verbrechen des Thäters. Sie ist also als solche nicht strafbar, wenn die Handlung des Thäters kein Verbrechen ist"; Zachariae, Arch. d. Kr.-St. 1851 S. 216, 217: die Beihülfe ist „rein akzessorisch; d. h. . . . . der Gehülfe kann als solcher immer nur unter der Voraussetzung des Daseins eines Thäters oder reus principalis einer Bestrafung unterliegen"; Derselbe in Goltdammer's Arch. III. (1855) S. 298 sub 2: „Das [preußische] Str.-G.-B. faßt die Teilnahme lediglich als etwas Akzessorisches auf; d. h. die Bestrafung der Teilnahme setzt . . . . . eine strafbare Hauptthat, einen Thäter eines Verbrechens oder Vergehens . . . . . voraus"; Köstlin, System (1855) S. 282: „Die Beihülfe ist akzessorischer Natur"; woraus „folgt, daß sich Beihülfe ohne Urheberschaft nicht denken läßt"; Heffter, Lehrb. 6. Aufl. § 85: „Zu den wesentlichen Erfordernissen der strafbaren Beihülfe gehört, vermöge der akzessorischen Natur der Beihülfe", daß die That des Urhebers „mindestens den Anfangspunkt des strafbaren Versuchs erreicht"; Geib, Lehrb. II. S. 370: „Akzessorische Natur der Gehülfen: sie haben keinen selbständigen juristischen Charakter, sondern nehmen vielmehr durchgängig an dem juristischen Charakter der Urheber Teil und werden erst durch diesen genauer bestimmt — ohne das Vorhandensein eines von letzteren begangenen Verbrechens ist auch der Begriff der Gehülfen undenkbar"; Schütze, Lehrb. § 47 nach Note 10: „Nur insofern trägt jede Hülfe nach Willensbestimmung und Bethätigung rein akzessorisches Gepräge, als der Gehülfe in Willen und That des Thäters den Anlaß (wenngleich nicht die Ursache) seiner Beteiligung findet, einen bereits entschlossenen Thäter vorfindet, eine Nebenhandlung verwirklicht, endlich Verbrechensbegriff, anwendbares Strafgesetz und Beginn seiner Strafbarkeit vom unterstützten Thäter entlehnt"; Binding, Grundriß S. 125: „Anstifter und Gehülfe gleichen sich also darin, a. daß beide prinzipiell nicht nach dem gestraft werden, was sie, sondern nach dem, was der Thäter gethan hat. Ihre Teilnahme ist eine akzessorische": Geyer, Artikel „Beihülfe" in der 3. Aufl. von v. Holtzendorff's Rechtslexikon: „So ziemlich einig ist man darüber, daß die Beihülfe einen akzessorischen Charakter habe, daß also der Satz gelte „ohne Urheber (Thäter) auch kein Gehülfe""; v. Liszt, Lehrb. 2. Aufl., § 48 sub I. 1. S. 196, wo er es als eine der Hauptkontroversen der heutigen Teilnahmetheorie bezeichnet: „Ob Anstiftung und Beihülfe selbständige, wenn auch mittelbare Herbeiführung des Erfolges seien, ihren strafbaren Charakter also in sich selbst trügen, oder ob sie lediglich als Beteiligung an dem Thun eines andern, dem sie ihren strafbaren Charakter entlehnten, mithin als Teilnahme im engeren Sinne mit akzessorischem Charakter aufzufassen seien"; vgl. auch 3. Aufl., § 50 sub 1. i. f., § 51 sub IV., § 52 sub IV.; Borchert, Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 51 ff., überschrieben: „Akzessorische Natur der Anstiftung und Beihülfe". — Wie gegenüber dieser Fülle übereinstimmender unzweideutiger Definitionen der akzessorischen Natur der Teilnahme v. Buri noch in der Zeitschr. f. d. ges. Str.-R.-W. II. (1882) S. 267 dazu kommt, von dem „unklaren Standpunkt, welcher die Beihülfe als Akzessorium der Urheberschaft betrachtet" zu reden, ist nicht einzusehen. Übrigens giebt er jetzt selbst zu, daß dieser Standpunkt de lege lata der einzig richtige sei, und liefert auch seinerseits eine mit den obigen übereinstimmende Begriffsbestimmung der akzessorischen Natur der Teilnahme: s. seine am Schluß des § 70 referierten Aussprüche.

[268]) v. Liszt betont in den in der vorigen und in der nächsten Note abgedruckten Stellen die begriffliche Zusammengehörigkeit der akzessorischen Natur mit der „Teilnahme im engern, technischen Sinne des Wortes"; was er aber als

Digitized by Google

Sie muß nach dem Gesagten zukommen allen Arten der Teilnahme: wo immer Teilnahme ist, da ist auch strafrechtliche Unselbständigkeit, Abhängigkeit von der Thäterschaft, akzessorisches Verhältnis zu derselben. Sie muß also insbesondere nach unserem geltenden Recht auch zukommen der Mitthäterschaft. Auch die Mitthäterschaft ist nach der richtigen Auslegung des § 47 des R.-Str.-G.-B. (oben § 38 ff.) wirkliche Teilnahme. Dies beweist schon der § 47 des R.-Str.-G.-B. selbst, wie er zusammen mit §§ 48 und 49 unter der Überschrift „Teilnahme" im R.-Str.-G.-B. figuriert. Dies beweist § 50 des R.-Str.-G.-B., wo der Mitthäter ausdrücklich, neben dem Anstifter und Gehülfen, als Teilnehmer dem Thäter gegenübergestellt wird. Der Mitthäter begeht das Verbrechen nicht selbständig, sondern beteiligt sich nur an der Ausführung desselben. Die Handlung des Mitthäters wird daher strafbar erst, wenn andere Mitthäter den fehlenden Teil der Verursachung hinzufügen. Wie Anstifter und Gehülfen in akzessorischem Verhältnis zum Thäter, so stehen die Mitthäter in akzessorischem Verhältnis zu einander.

Wenn bezüglich der Mitthäterschaft des positiven Rechts diese ihre akzessorische Natur verkannt und bestritten wird[269]), so erklärt sich dies aus einer falschen Auffassung des Gesetzes, welche, vielleicht verleitet durch die Worte „so wird Jeder als Thäter bestraft", in jedem Mitthäter einen wirklichen Thäter des Verbrechens sieht. Allein der Mitthäter ist nicht Thäter, er ist Teilnehmer und wird nur aus den in §§ 58 ff. entwickelten Gründen als Thäter, d. h. gleich dem Thäter bestraft.

Gegensatz der letzteren denkt, nämlich eine selbständige Beteiligung an der That eines Andern (3. Aufl. § 48 sub II. 3), ist, genauer zugesehen, überhaupt keine Teilnahme mehr, sondern vielmehr „selbständige Herbeiführung des Erfolges" (2. Aufl. § 48 sub I. 1), d. h. Thäterschaft, wie denn ja auch bei den konsequenten Anhängern der subjektiven Theorie die Leugnung der Teilnahme als besonderer Schuldform mit der Zurückweisung der akzessorischen Natur der Teilnahme Hand in Hand geht: s. oben § 22. Die Teilnahme ist entweder eine besondere Schuldform, und dann ist sie akzessorischer Natur; oder sie ist selbständig strafbar und dann koinzidiert sie mit Thäterschaft.

[269]) Gewöhnlich tritt dies in der Form zu Tage, daß bei (der Anstiftung und) der Beihülfe der akzessorische Charakter ausdrücklich betont, bei der Mitthäterschaft aber durch gegensätzliches Schweigen verneint wird. Ausdrücklich leugnen den akzessorischen Charakter der Mitthäterschaft v. Liszt, Lehrb. § 48 sub II. 3 [vgl. § 50 sub I. i. f. S. 212 unten; § 53 Note 1, S. 220] in der Form, daß er bezüglich ihrer erklärt: „Von unselbständiger Beteiligung an der That eines Anderen ist keine Rede. Die Mitthäterschaft ist mithin keine Art der Teilnahme im technischen Sinne des Wortes, sondern eine Art der Thäterschaft"; und Borchert lc. vv.: „Im Gegensatz zur Mitthäterschaft, bei welcher jeder Teilnehmer als Thäter der gemeinsam begangenen strafbaren Handlung angesehen wird, so daß die einzelnen Teilnehmer untereinander begrifflich koordiniert erscheinen, besitzen Anstiftung und Beihülfe lediglich akzessorische Natur, indem sie ihren strafrechtlichen Charakter überhaupt erst durch die strafbare Handlung des Thäters erhalten".

Digitized by Google

Bezüglich der Anstiftung und der Beihülfe aber ist der rein akzessorische Charakter vom Reichsstrafgesetzbuch in augenfälligster Weise anerkannt worden. Denn sowohl der § 48 als der § 49 des R.-Str.-G.-B. setzen schon im Wortlaut je ihres Abs. 1 für die Bestrafung des Anstifters und des Gehülfen voraus, daß das Verbrechen, zu welchem angestiftet bezw. geholfen wurde, wirklich begangen worden sei[270]), erklären also mangels dieser Voraussetzung Anstiftung und Beihülfe für straflos. Sie setzen ebenso je in ihrem Abs. 2 für die Festsetzung der Strafe des Anstifters und Gehülfen voraus, daß eine Handlung des Angestifteten oder Unterstützten vorliege, auf welche das Strafgesetz Anwendung findet[271]). Sie erklären endlich für die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehülfen als maßgebend das nämliche Gesetz, aus welchem der Thäter strafbar ist. Sie lassen also die Anstiftung und die Beihülfe ihre Strafbarkeit nach allen Richtungen hin der Strafbarkeit des Thäters entlehnen: d. h. sie anerkennen voll und ganz den akzessorischen Charakter von Anstiftung und Beihülfe.

Dem hat sich auch die Theorie nicht verschlossen. Und während sie früher meist nur der Beihülfe akzessorische Natur zuerkannte, der Anstiftung aber absprach[272]), ist sie jetzt einig dahin, daß de lege lata jene Natur so der Anstiftung wie der Beihülfe zukomme[273]). Ja selbst

---

[270]) § 48 vv.: „Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung bestimmt hat"; § 49 vv.: „Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens Hülfe geleistet hat".

[271]) §§ 48, 49 vv.: „Die Strafe des Anstifters [Gehülfen] ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet [Hülfe geleistet] hat".

[272]) Vgl. z. B. Zachariae, Archiv d. Kr.-R. 1850 S. 270; Heffter, Lehrb. 6. Aufl. § 85 Note 2; Köstlin, System S. 321.

[273]) Vgl. Schütze, Lehrb. § 46 zu Note 12; Oppenhoff zu § 48 sub 7; Ortmann im Gerichtssaal XXVIII. (1876) S. 83; Hälschner, Deutsch. Strafr. I. S. 398; Geyer, Art. „Anstiftung" in der 3. Aufl. von v. Holtzendorff, Rechts-Lex.; Derselbe, Grundr. I. S. 137, 140; Binding, Grundr. I. S. 123, 125, 127; Herzog im Gerichtssaal XXXVIII. (1886) S. 358; Berner, Lehrb. § 84 sub 10 S. 156; H. Meyer, Lehrb. S. 288 mit S. 273, 274; v. Liszt, Lehrb. § 48 sub II. 2 u. 4; § 49 sub II. S. 209; § 51 sub IV. S. 215; § 52 sub IV. S. 218; § 53 sub I. S. 220; Olshausen zu § 48 sub 1; zu § 49 sub 1; Borchert a. a. O. S. 51; Bünger in v. Liszt's Zeitschr. VIII. S. 713 unten; u. A. m.

Es ist demnach heute nicht mehr richtig, wenn H. Meyer lc. S. 288 zu den Worten seines Textes, daß man es in der Anstiftung „nicht mit einer Art der Thäterschaft oder Urheberschaft, sondern mit einer Art der Teilnahme zu thun hat", in der Note 2 bemerkt: „Anders die Meisten". Und wenn v. Liszt in seinem Lehrb. § 51 Note 3 S. 215 zu seiner im Text geäußerten Ansicht, daß die Anstiftung unseres positiven Rechtes akzessorisch sei, bemerkt: „Diese Ansicht ist freilich auch de lege lata bestritten", und als Belege zitiert: „u. a. Kohler, Patentrecht 522, Binding, Grundr. 125, Herzog, zuletzt Gerichtssaal XXXVIII. 357", so ist auch dies nicht korrekt. Binding anerkennt die akzessorische Natur der Anstiftung de lege lata ganz

Digitized by Google

v. Buri kann nicht umhin, dies als richtig zuzugeben. Er bemerkt in seiner Kausalität (1885) S. 44 vollkommen zutreffend, daß

> „nach der Auffassung des Strafgesetzbuches . . . . . Anstifter und Gehülfe lediglich wegen ihres akzessorischen Verhältnisses zu dem Thäter sollen bestraft werden können"

und erläutert dies ebenda S. 65, wiederum durchaus richtig, mit den Worten:

> „Da nach dem Strafgesetzbuch durch Anstiftung und Beihülfe das Verbrechen nicht verursacht wird, beide aber auch keine selbständigen Delikte sind, so konnte ihre Strafbarkeit auch nur aus der That des Thäters hergeleitet werden." —

§ 71.

Diese im positiven Recht sanktionierte Unselbständigkeit aber und akzessorische Qualität der Teilnahme gegenüber der Thäterschaft ist ein weiteres Zeugnis dafür, daß die subjektive Teilnahmetheorie, welche die juristische Selbständigkeit aller Teilnahmehandlungen und die Leugnung der akzessorischen Natur derselben zur Konsequenz hat (s. oben S. 49 ff.), mit dem Reichsstrafrecht im Widerspruch steht. Denn sie ist, wie wir gezeigt haben, das logische Ergebnis eines, der subjektiven Theorie entgegengesetzten, Ausgangspunktes[278a]): weil die Teilnehmer nur Bedingungen des von ihnen gewollten Verbrechens setzen, können sie strafbar sein nur insofern diese Bedingungen, ihrem Willen entsprechend, vom Thäter (oder Mitthäter) zur Ursache ergänzt werden.

Nun hat man freilich der positivrechtlichen Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme eine Erklärung geben wollen, welche die in ihr liegende Desavouierung der Grundlagen der subjektiven Teilnahme-

---

unbeschränkt: vgl. die in Note 267 abgedruckte Stelle aus dem Grundr. S. 125 und die Stellen ebenda S. 123 vv.: „Das Gesetz kennt neben der Thäterschaft noch zwei Formen akzessorischer Teilnahme: die Anstiftung und die Gehülfschaft"; sowie S. 127 vv.: „So aber ist der Anstifter nicht Thäter, sondern die strafbare Handlung, die er begeht, ist nur ein Akzessorium der Handlung des Thäters". Nur de lege ferenda vertritt er auf S. 123 mit 125 die Ansicht, daß der Anstifter selbständig das Verbrechen begehe. Herzog aber lc. leugnet die akzessorische Natur der Anstiftung von vornherein nicht, sondern giebt ihr nur einen andern Inhalt wie wir: s. unten zu Note 306. Und endlich auch Kohler stellt — wenigstens an der von v. Liszt zitierten Stelle — seine Ansicht, daß der Anstifter als intellektueller Urheber, d. h. als Thäter des Verbrechens des Angestifteten zu behandeln sei, nur de lege ferenda auf, wie sich aus S. 525 a. a. O. deutlich ergiebt. Neuestens freilich hat sich Kohler über die, wie uns scheint, zwingenden Gründe, die akzessorische Natur der Anstiftung im Gesetz anerkannt zu sehen, hinweggesetzt und erklärt jetzt den Anstifter auch de lege lata als Thäter: Studien aus dem Strafrecht I. S. 106.

[278a]) Nicht ein „Ausweg, welchen die objektive Kausalitätstheorie zur Verschleierung ihrer Unzulänglichkeit ersonnen hat", wie v. Buri jetzt im Gerichtssaal XLII. S. 268 behauptet. Aber auch dann würde die Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme im R.-Str.-G.-B. gegen v. Buri's Theorie beweisen.

Digitized by Google

theorie eliminieren würde. v. Liszt insbesondere[274]) führt zunächst bezüglich der Anstiftung aus (Lehrb. § 48 sub II. 2 S. 206), sie habe ihren akzessorischen Charakter im positiven Recht dadurch erhalten, daß man der Willensfreiheit zuliebe angenommen habe, durch die freie und vorsätzliche Handlung des zurechnungsfähigen Thäters werde der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Anstifters und dem Verbrechenserfolg unterbrochen. Ohne diese Annahme einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges würde man zu dem an sich allein richtigen Resultat gelangt sein, daß der Anstifter so gut wie der Thäter Urheber des Verbrechenserfolges sei. Und im § 52 sub II. deutet v. Liszt an, daß auch die positivrechtliche Auffassung der Beihülfe als eines Falles der Teilnahme sich erkläre aus „der in unserem positiven Recht festgehaltenen Auffassung der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch die freie und vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen".

Durch diese Konstruktion ermöglicht es sich v. Liszt, trotz der positivrechtlichen Gestaltung der Teilnahmelehre die v. Buri'sche Kausaltheorie auch de lege lata zu verteidigen[275]) und auf das geltende Recht den Vorwurf zu wälzen, daß es die folgerichtige Durchführung seiner Identifizierung von Bedingung und Ursache in der Lehre von der Teilnahme nur durch jene Annahme der „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" unmöglich gemacht habe (Lehrb. § 28 sub IV. 1).

Dem gegenüber drängt sich vorerst die Frage auf, wie v. Liszt es sich denn erklärt, daß der Mitthäterschaft im positiven Recht — wie es v. Liszt wenigstens auffaßt: s. oben Note 269 — der akzessorische Charakter abgesprochen ist. Gesellt sich denn nicht auch der Handlung des (ersten) Mitthäters, wie der des Anstifters und des Gehülfen, die freie und vorsätzliche Handlung eines zurechnungsfähigen (Mit-) Thäters

---

[274]) Vgl. auch v. Buri, Kausalität 1885 S. 44 vv.: „Eine lediglich intellektuelle Wirksamkeit verursacht nach der Auffassung des Strafgesetzbuchs überhaupt nicht. Es ergiebt sich dies daraus, daß durch die Anstiftung und intellektuelle Beihülfe der Erfolg nicht verursacht, und vielmehr deren Kausalität durch die sich ihr anschließende physische Kausalität des Thäters unterbrochen wird, daher Anstifter und Gehülfe lediglich wegen ihres akzessorischen Verhältnisses zu dem Thäter sollen bestraft werden können". — Vgl. ferner Bünger in v. Liszt's Zeitschr. VIII. S. 713, 714: „Das Reichsstrafrecht faßt nun ..... bekanntlich die Anstiftung .... als akzessorische That auf ..... Diese Auffassung ist die Konsequenz der irrtümlichen Theorie von der Willensfreiheit, durch welche der Kausalnexus zwischen dem Handeln des Anstifters und dem Erfolge, welchen der Angestiftete durch sein Handeln herbeiführt, abgebrochen erscheint".

[275]) S. oben unsere Note 22. Vgl. übrigens dagegen v. Buri selbst: Kausalität 1885 S. 57.

Digitized by Google

und unterbricht so den Kausalzusammenhang zwischen jener ersten Handlung und dem Erfolg?

Sodann vermag jedenfalls die akzessorische Natur der Beihülfe auf dem v. Liszt versuchten Wege nicht erklärt zu werden. Was sollte denn hier überhaupt das positive Recht veranlaßt haben, eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zwischen der Gehülfenhandlung und dem Erfolg anzunehmen? Bei der Anstiftung allerdings wird solche Annahme erklärlich vom Standpunkt der Willensfreiheit aus. Denn der Anstifter sucht den Verbrechenserfolg zu erreichen durch Beeinflussung des Willens des Thäters. Würde man zugeben, daß er auf diesem Wege verursachen kann, so würde man die Willensfreiheit preisgeben (vgl. oben S. 27 ff., 116 ff.); daher mag man hier mit der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges operieren. Nicht der mindeste Anlaß hiezu liegt aber bei der Beihülfe vor. Denn hier sucht der Gehülfe den Verbrechenserfolg zu erreichen nicht durch ein Bestimmen des Willens des Andern, sondern entweder durch ein bloßes Bestärken dieses Willens oder durch eine physische Thätigkeit, welche beide die Freiheit des Willens des Thäters ganz unberührt lassen. Nichts könnte hier das positive Recht hindern, der Kausalität der Handlung des Gehülfen, wenn sie solche besäße, freien Lauf zu lassen.

Endlich aber: das, was v. Liszt bei der Anstiftung bezeichnet als die — vom positiven Recht sanktionierte — Annahme „der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs", ist doch wohl korrekter ausgedrückt nichts Anderes als die Annahme, daß die Anstiftung den Entschluß des Verbrechers und damit das Verbrechen selbst nicht verursache, sondern bloß bedinge[276]): wie wir dies de lege ferenda oben in § 13, bes. Note 46, de lege lata oben in §§ 51 ff., bes. in § 53 näher ausgeführt haben.

Und damit sind wir wieder bei der letzten Wurzel der Sanktionierung der akzessorischen Natur der Teilnahme im positiven Recht angelangt: es ist die richtige Scheidung von Bedingung und Ursache und die Erkenntnis, daß jede Teilnahmehandlung nur eine Bedingung des Verbrechenserfolges setze.

2. Genauere Präzisierung der akzessorischen Natur der Teilnahme.

§ 72.

Der Satz, in welchem die akzessorische Natur der Teilnahme beschlossen ist: die Teilnahmehandlungen sind nicht selbständig strafbar,

[276]) Vgl. hieher auch meinen Ursachenbegriff S. 20 ff. bes. zu Note 112 ff.

Digitized by Google

sondern sind es nur aus dem Verbrechen eines Andern heraus, muß zunächst noch näher entwickelt und sodann in seine Konsequenzen verfolgt werden.

Unser Satz verlangt nicht bloß, daß der Teilnahmehandlung die Thäterhandlung faktisch sich geselle (s. oben § 69). Denn hierdurch wird ja zunächst nur die der Teilnahmehandlung mangelnde Kausalität ergänzt. Sondern die der Teilnahmehandlung sich gesellende Thäterhandlung muß sich auch **juristisch** als Verbrechen, oder, um mit unseren Gesetzen zu reden, als strafbare Handlung qualifizieren. Alles also, was der Thäterhandlung diese Eigenschaft nimmt, bewirkt zugleich, daß die Teilnahmehandlung etwas Strafbares nicht ist. Dies gilt sowohl für alle Umstände, welche den Thatbestand eines Verbrechens als nicht gegeben erscheinen lassen, also für die Schuldausschließungsgründe im weiteren Sinn, wie für jeden Mangel von (materiellrechtlichen) Bedingungen der Strafbarkeit.

Man mag im Einzelnen darüber streiten, ob ein bestimmter Umstand, wie z. B. der freiwillige Rücktritt vom Versuch, Schuldausschließungsgrund oder Strafausschließungsgrund sei, man mag darüber streiten, ob es sich z. B. beim Antragserfordernis um eine Bedingung materieller Strafbarkeit oder um eine Bedingung prozessualer Verfolgbarkeit handle.

Auf diese Fragen ist hier nicht näher einzugehen.

Sobald aber einmal diese Fragen je im ersteren Sinne feststehen, muß Jeder, der die akzessorische Natur der Teilnahme de lege ferenda oder doch de lege lata anerkennt, konsequent denkend zum obigen Resultate gelangen. Dies thut denn auch die gemeine Meinung. Nur zwei Autoren mögen hier statt aller übrigen für das Gesagte zitiert sein.

Zunächst v. Liszt. Für die beiden Arten der Teilnahme, denen allein er (vgl. oben Note 269 und 273) akzessorische Natur zuerkennt, bemerkt er völlig richtig:

> Lehrb. § 51 sub IV: „Die Anstiftung ist nach der Auffassung unseres positiven Rechtes (akzessorische) Teilnahme an der That eines andern..... Daraus folgt, daß von Anstiftung keine Rede sein kann, wenn auf seiten des Angestifteten nicht eine strafbare Handlung, wenigstens im Stadium des Versuches vorliegt.
>
> Anstiftung erscheint demnach als ausgeschlossen und nur mittelbare Selbstthäterschaft als möglich, wenn infolge des Mangels der Rechtswidrigkeit, der Zurechnungsfähigkeit oder einer Bedingung der Strafbarkeit die That des Hauptthäters eine strafbare nicht ist".....
>
> Ebenda § 52 sub IV: „Die Beihülfe setzt als (akzessorische) Teilnahme an der That eines andern unerläßlich voraus, daß auf seiten des Thäters

Digitized by Google

eine strafbare Handlung, sei es auch nur im Stadium des Versuches, vorliege.

Sie entfällt daher, wenn die Strafbarkeit der That des Hauptthäters aus irgend einem Grunde ausgeschlossen ist."

Während nun v. Liszt seine Aussprüche auf Anstiftung und Beihülfe beschränkt, anerkennt unser Hauptgegner v. Buri unsere Schlußfolgerung de lege lata auch für die Mitthäterschaft. Er sagt:

Kausalität (1885) S. 47: „Es muß aber auch die Konsequenz des § 47 Str.-G.-B. dahin führen, daß die Mehreren, deren ausführende Wirksamkeiten den Erfolg verursacht haben, für denselben nicht einzustehen, brauchen, wenn auch nur Einer von ihnen schuldlos handelte ..... Denn an und für sich verursacht Jeder ja nur seinen Anteil am Erfolge und von einer verbrecherischen Willenseinheit würde vorliegend keine Rede sein können."

In der That lassen für unser positives Recht die §§ 47 bis 49 R.-Str.-G.-B. einen Zweifel an der Richtigkeit des Gesagten eigentlich gar nicht aufkommen. § 48 verlangt für das Vorliegen einer strafbaren Anstiftung, daß der Angestiftete eine „strafbare Handlung", § 49 für das Vorliegen einer strafbaren Beihülfe, daß der Unterstützte ein „Verbrechen oder Vergehen", also wiederum eine strafbare Handlung nach der Terminologie des R.-Str.-G.-B., begangen habe. Sobald nun der Thäter z. B. im Moment der That zurechnungsunfähig war, oder in Notwehr oder in einem seine Schuld beseitigenden Irrtum handelte; sobald bezüglich seiner That eine Bedingung der Strafbarkeit, wie etwa die Scheidung der von ihm gebrochenen Ehe (§ 172 R.-Str.-G.-B.), die Einstellung seiner Zahlungen oder die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (§§ 209, 210 R.-K.-O.) mangelte: fehlt seiner That die Eigenschaft einer strafbaren Handlung. Ergo ist auch die Anstiftungs- bezw. Gehülfenhandlung nicht strafbar. Nach § 47 R.-Str.-G.-B. aber muß auch jeder Mitthäter an einer „strafbaren Handlung" beteiligt sein. Sobald also das, was die Mehreren gemeinschaftlich ausführen, für den Einen von ihnen aus einem der obigen Gründe eine strafbare Handlung nicht ist, kann auch der Andere daran nicht als an einer strafbaren Handlung beteiligt sein.

§ 73.

Die Entscheidung Schütze's, daß auch der Anstifter oder Gehülfe eines zurechnungsunfähigen Thäters strafbar sei,[277]) enthält nur

[277]) Notwendige Teilnahme (1869) § 48 S. 287; Goltdammer's Arch. XXI. (1873) S. 163; Lehrb. 2. Aufl. (1874) § 46 Note 24, § 47 Note 18.

Digitized by Google

einen scheinbaren Widerspruch gegen obige Ansicht. Auch Schütze geht von der Regel aus: „Die That des Thäters bestimmt das begangene Verbrechen, auch für den ... Beteiligten“ (Notw. Teiln. S. 256); „wo kein Verbrechen, da ist auch keine strafbare Beteiligung“ (ebenda S. 294). Er bemerkt an der zuletzt genannten Stelle mit Recht, daß dieser Satz keine Ausnahme dulde. Es handelt sich bei ihm an den in Note 277 zitierten Orten daher lediglich um die Abgrenzung derjenigen Umstände, welche ein Verbrechen als nicht vorliegend erscheinen lassen, von denjenigen, welche das Verbrechen bei Bestand lassen, aber die Person des Verbrechers der Strafe entziehen.[278]) Daß die letzteren dem Teilnehmer nicht zu statten kommen, darüber kann auch für die objektive Teilnahmetheorie ein Zweifel nicht bestehen; die akzessorische Natur der Teilnahme verlangt für die Strafbarkeit derselben nur das Vorliegen eines Verbrechens, einer „strafbaren Handlung“ auf Seiten des Thäters, aber durchaus nicht Strafbarkeit oder gar Bestrafung des Verbrechers.[279]) Schütze behauptet nun, daß alle Gründe der „Strafloſigkeit bezw. der Nichtbestrafung des Thäters“, welche auf dessen Person beschränkt sind, die Strafbarkeit des Teilnehmers bestehen lassen, und rechnet dazu z. B. auch Geisteskrankheit und jugendliches Alter. Diese Grenzziehung dürfte unrichtig sein. Wir müssen scheiden: Schuldausschließungsgründe; Fehlen von Bedingungen der Strafbarkeit; Strafausschließungsgründe; Strafaufhebungsgründe; Mangel an Prozeßvoraussetzungen. Liegt bezüglich des Thäters ein Umstand vor, welcher einer der drei zuletzt genannten

[278]) Oder, wie v. Liszt lc. S. 276 scheidet: Umstände, welche bewirken, daß die That des Haupttthäters eine strafbare nicht ist; und Umstände, welche die Bestrafung oder Verfolgung des Thäters ausschließen. Es ist die nämliche Antithese, welche schon die italienischen Juristen dahin aufstellten: aut absolvitur principalis, quia est pronunciatum, bene et juridice egisse: et tunc liberatur etiam consultor; aut absolvitur principalis solum a poena, ut quid ob suae personae qualitatem puniri non meretur, sed non pronunciatur illum bene egisse: tunc non liberatur consultor [Menochius, arbitr. quaest. l. II cas 351 nr. 14]. — Die Antithese ist nicht unbedenklich. Mit Recht bemerkt Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 362, daß die Frage der Schuld jedesmal, ohne alle Ausnahme, zur Würdigung der Persönlichkeit führt. Und so rechnet z. B. Schütze auch Geisteskrankheit und jugendliches Alter zu den Umständen, welche nur die Bestrafung des Thäters ausschließen (vgl. den Text nach Note 279; vgl. auch Herzog unten S. 160, 161). Jedenfalls ist es geboten, feste Kriterien für die Zugehörigkeit der streitigen Fälle in die eine oder andere Kategorie von Umständen aufzustellen. Dies ist im Text nach Note 279 versucht.

[279]) Sobald das vom Teilnehmer beabsichtigte Verbrechen unter seiner Mitwirkung wirklich begangen ist, sind alle Bedingungen seiner Strafbarkeit gegeben; für dieselbe ist es also gleichgültig, ob auch der Thäter des Verbrechens bestraft werden kann. — Insofern hat Köstlin, System S. 282 sub 4 zu Note 7, vollkommen Recht, wenn er vor der Überspannung der akzessorischen Natur der Teilnahme warnt, welche den Teilnehmer überall da straflos ausgehen lassen will, wo der Thäter straflos bleibt.

Digitized by Google

Kategorieen angehört, so hindert das eine Bestrafung des Teilnehmers niemals; denn eine strafbare Handlung des Thäters ist an sich gegeben. Fehlt es für die Handlung des Thäters an einer Bedingung der Strafbarkeit, so wird, mangels einer „strafbaren Handlung" des Thäters, der Teilnehmer stets straflos sein. Liegt endlich ein Schuldausschließungsgrund vor, so kommt es m. E. darauf an, ob er auf jus commune oder singulare beruht. Ersteren Falles fehlt es, um mich der v. Liszt'schen Terminologie zu bedienen, an einer strafbaren That, letzteren Falles an einem strafbaren Thäter. Ersteren Falles muß also, vermöge ihrer akzessorischen Natur, auch die Teilnahme straflos bleiben; letzteren Falles steht ihre akzessorische Natur der Bestrafung des Teilnehmers trotz Straflosigkeit des Thäters nicht im Wege.

§ 74.

Demgemäß würde ich den Teilnehmer strafen:[280]) wenn der Thäter freiwillig vom Versuch zurückgetreten ist, weil ich den freiwilligen Rücktritt für einen Strafausschließungsgrund halte;[281]) aus dem nämlichen Grunde, wenn der Thäter im Fall eines Exzesses der Notwehr auf Grund des § 53 Abs. 3 R.-Str.-G.-B.,[282]) oder wenn der Thäter

---

[280]) Die folgenden Detailfragen werden mehr oder weniger zusammenfassend behandelt insbesondere von: Brackenhoeft, Über allgemeine und besondere Gehülfen bei verbrecherischen Handlungen, im Arch. d. Kr.-R. 1840 S. 410—433; Hepp, Zweiter Beitrag zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, im näml. Arch. 1848 S. 262 ff.; Zachariae, Zur Lehre von der Teilnahme, ebenda 1851 S. 217 ff.; Köstlin, System (1855) § 93 Anm. 4 S. 282 ff., § 99 Anm. 3 S. 316 ff.; Schütze, Notwendige Teilnahme (1869) § 48 S. 287 ff.; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. (1871) S. 362 ff.; Schütze in Goltdammer's Archiv XXI. (1873) S. 163 ff.; Ortmann in Goltdammer's Archiv XXII. (1874) S. 391 ff.; Borchert, Strafrechtliche Verantwortlichkeit (1888) § 4 S. 22—33.

[281]) Vgl. über die Frage der Wirkung des freiwilligen Rücktritts (und der thätigen Reue) des Thäters auf die Strafbarkeit der Teilnehmer: Mittermaier zu Feuerbach § 46 Note IV; Hepp Arch. 1848 S. 127, 128, 274, 286 ff., 294, 300; Bremer Arch. 1853 Ergänzungsheft S. 107 ff.; Köstlin, System S. 283 zu Note 4, S. 286; Heffter, Lehrb. § 82 Note 6; Geib, Lehrb. II. S. 351 ff.; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 371, 400; Oppenhoff zu § 46 sub 1, zu § 48 sub 8; Schwarze zu § 46 sub 2; Rubo zu § 46 sub 3; Olshausen zu § 46 sub 7; Schütze, Lehrb. § 43 Note 41; Derselbe in Goltdammer's Arch. XXI. (1873) S. 167; Berner § 105 i. f. der älteren, § 84 sub 10 b der neueren Auflagen des Lehrb.; v. Liszt, Lehrb. § 47 sub IV. 1 S. 204; Meyer, Lehrb. § 33 sub 8 S. 279; Herzog im Gerichtssaal XXIV. (1872) S. 457 ff.; Meves, Gerichtssaal XXIV. S. 173 ff.; Hälschner, Gem. D. Strafr. I. (1881) S. 362; Baumgarten, Die Lehre vom Versuch (1888) S. 457; Borchert a. a. O. S. 24; Herzog jr., Rücktritt vom Versuch (1889) S. 260 ff. — S. dagegen die subjektive Teilnahmetheorie über diese Frage oben S. 63.

[282]) Vgl. Köstlin, System § 29 zu Note 4 S. 87; Schütze in G.-A. XXI. S. 166 Note 2; Olshausen zu § 53 sub 18; H. Meyer, Lehrb. § 40 zu Note 55 S. 337; v. Liszt, Lehrb. § 32 sub III S. 139 mit § 51 sub IV 1 S. 215.

Digitized by Google

wegen Notstandes auf Grund der §§ 52, 54 lc.[283]) straflos ausgeht; wenn der Thäter wegen Todes[284]), Verjährung[285]) oder Begnadigung[286]) straflos ausgeht, weil ich diese drei Umstände ebenfalls für Strafausschließungs- resp. Strafaufhebungsgründe halte; wenn wegen fehlender Ermächtigung zur Strafverfolgung auf Grund der §§ 99, 101, 197 R.-Str.-G.-B. der Thäter straffrei bleibt,[287]) weil ich in solchem Fall Mangel einer Prozeßvoraussetzung annehme; aus gleichem Grunde, wenn der Thäter nicht gestraft werden kann, weil er Landesherr[288]) oder Exterritorialer[289]) ist; wenn der Thäter Anspruch auf Strafloſigkeit hat auf Grund seiner ihm als Abgeordneten[290]), als Militärperson[291]), als Beamten[292]) zukommenden Berechtigung oder Verpflichtung zur Begehung der betreffenden Handlung, weil hier zwar ein Schuldausschließungsgrund (Ausschluß der Rechtswidrigkeit der Handlung) gegeben ist, dieser jedoch auf jus singulare beruht; u. s. w.

---

[283]) Vgl. Brackenhoeft lc. S. 425; Stübel, Teilnahme S. 78; Luden, Abhandlungen II. S. 334, 335; Henke, Handb. I. S. 529 oben; Köstlin, System S. 282, S. 316 zu Note 5; Rüdorff zum 4. Abschnitt sub 1a; Oppenhoff zu § 48 sub 7; Olshausen zu § 52 sub 14; zu § 54 sub 3; Schütze in G.-A. XXI. S. 165; Derselbe, Lehrb. § 38 Note 12; § 45 Note 3; § 46 Note 24; § 47 Note 18; Derselbe, Notw. Teiln. S. 294 ff.; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 364; Grundr. I. S. 137; v. Liszt, Lehrb. § 31 sub II. 1 verb. mit § 33 S. 140 ff.; H. Meyer, Lehrb. § 41 zu Note 55; Rotering in Goltdammer's Arch. XXX. (1882) S. 189; Binding, Handb. I. S. 766, 769, 786 oben; Herzog im Gerichtssaal XXXVIII. S. 353; Borchert a. a. O. S. 27.

[284]) Vgl. Köstlin, System S. 282 zu Note 10; S. 316 zu Note 6; Schütze, Notw. Teilnahme S. 287; Hälschner, System S. 334; v. Liszt, Lehrb. § 79 S. 279 mit § 51 S. 215; Borchert lc. S. 23.

[285]) Vgl. Heffter, Lehrb. § 190 zu Note 7; Köstlin, System S. 282 Note 9; S. 316 zu Note 7; Schütze, Notw. Teiln. S. 287; Langenbeck, Teiln. S. 183 Note 1; Oppenhoff zu § 48 sub 8; Olshausen zu § 66 sub 4; zu § 68 sub 19; v. Liszt, Lehrb. § 82 sub V S. 289 oben; § 79 S. 279 mit § 51 S. 215; Risch im Gerichtssaal XXXVI. S. 250; Borchert a. a. O. S. 23.

[286]) Vgl. Konopack im N. A. d. Krim.-R. II. (1818) S. 288 ff.; Heffter, Lehrb. § 184 Note 9; Köstlin, System S. 282 zu Note 9, 10; S. 316 zu Note 8; Schütze, Notw. Teiln. S. 287; Hälschner, System S. 334; v. Liszt, Lehrb. § 79 S. 279 mit § 51 S. 215.

[287]) Vgl. v. Liszt, Lehrb. § 51 S. 215 verb. mit § 42 sub III. 1 S. 183; Olshausen zu § 99 sub 3 a.

[288]) Vgl. v. Liszt, Lehrb. § 21 sub I. S. 103; Olshausen zu § 3 sub 19. b. α.

[289]) Vgl. v. Liszt, Lehrb. § 21 sub II. S. 103; Olshausen zu § 3 sub 21; H. Meyer, Lehrb. § 33 Note 11 S. 275; Borchert a. a. O. S. 25 zu Note 11.

[290]) Vgl. v. Liszt, Lehrb. § 21 sub I. S. 103; Olshausen zu § 11 sub 6; H. Meyer, Lehrb. § 33 Note 11 S. 275; Binding, Handb. I. S. 676.

[291]) Vgl. Brackenhoeft a. a. O. S. 425; Köstlin, System S. 282 mit § 15 S. 7 ff., S. 316 mit § 15 S. 7 ff.

[292]) Vgl. Brackenhoeft a. a. O.; Köstlin a. a. O.; v. Liszt, Lehrb. § 31 sub II. 1 S. 133 mit § 34 sub I. S. 145.

Digitized by Google

§ 75.

Dagegen würde ich auf Grund der akzessorischen Natur der Teilnahme für den Teilnehmer als solchen Strafloſigkeit annehmen: wenn der Thäter straffrei bleibt wegen Geisteskrankheit[293]), jugendlichen Alters[294]), Taubstummheit[295]); wegen schuldausschließenden Irrtums[296]) oder Zwanges[297]); wegen Notwehr[298]), Berechtigung aus § 193 des R.-Str.-G.-B.[299]) oder § 127 der R.-Str.-

---

[293]) Vgl. Stübel, Teiln. S. 78; Köstlin, System S. 283 zu Note 2, S. 286; Langenbeck, Teiln. S. 148, 183 Note 1; Schütze in Goltdammer's Arch. XXI. S. 163; Derselbe, Notw. Teiln. S. 196; Derselbe, Lehrb. § 45 Note 3; § 46 Note 24; § 47 Note 18; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 363; Derselbe, Grundr. I. S. 137; Hälschner, System S. 334; Derselbe, Gem. D. Strafr. I. S. 398 unten; Oppenhoff zu § 48 sub 7; Rüdorff zum 4. Abschnitt sub 1. a; Olshausen zu § 47 sub 17; zu § 51 sub 13; H. Meyer, Lehrb. § 33 Note 10 S. 275; § 35 Note 9 S. 290; § 28 zu Note 4 S. 227; v. Liszt, Lehrb. § 35 zu Note 8; § 49 sub II.; § 51 sub IV.; Herzog im Gerichtssaal XXIV. S. 435; XXVI. S. 28; XXX. S. 294; XXXVIII. S. 353, 357; Borchert a. a. O. S. 26. — S. auch v. Buri im Gerichtssaal XXVIII. S. 203 unten.

[294]) Vgl. Schütze in Goltdammer's Arch. XXI. S. 164; Derselbe, Lehrb. § 45 Note 3; § 46 Note 24; § 47 Note 18; Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II. S. 363; Derselbe, Grundr. I. S. 137; Hälschner, Gem. D. Strafr. I. S. 219, 223 Note 1; Oppenhoff zum 4. Abschnitt sub 3; zu § 48 sub 8; Rüdorff zum 4. Abschnitt sub 1 b; Pezold zu § 48 sub 12; Rubo zu § 55 sub 3; Olshausen zu § 55 sub 6; zu § 56 sub 8; v. Liszt, Lehrb. § 35 zu Note 8; § 36 S. 156, 157; § 49 sub II.; H. Meyer, Lehrb. § 28 Note 4 S. 227; § 35 Note 9 S. 290; Herzog, Gerichtssaal XXIV. S. 452; XXXVIII. S. 353; Borchert lc. S. 23 zu Note 5.

[295]) Vgl. Schütze, Lehrb. § 46 Note 24; § 47 Note 18; Rüdorff zum 4. Abschnitt sub 1 b; Oppenhoff zum 4. Abschn. sub 3; zu § 48 sub 8; Olshausen zu § 56 sub 2; Herzog, Gerichtssaal XXXVIII. S. 353; Borchert a. a. O. S. 23.

[296]) Vgl. Luden, Abh. II. S. 334, 335; Henke, Handb. I. S. 274; Langenbeck, Teiln. S. 149; Berner, Teiln. S. 289; Krug, Abhandlungen S. 66 ff.; v. Bar, Versuch und Teilnahme S. 44 sub 2 c; Schütze, Notw. Teiln. S. 196, 253; Lehrb. § 45 Note 3; Meyer, Lehrb. § 35 Note 9 S. 290; Geyer, Grundr. I. S. 137, S. 140 sub 3; Oppenhoff zu § 48 sub 7; Rubo zu § 48 sub 18; Olshausen zu § 47 sub 17; zu § 59 sub 14; Herzog, Gerichtssaal XXV. S. 454; XXXVIII. S. 353; Borchert a. a. O. S. 27 ff.

[297]) Vgl. Stübel, Teiln. S. 78; Henke, Handb. I. S. 274, 529 oben; Langenbeck, Teiln. S. 149; v. Bar, Versuch und Teilnahme S. 43 sub 2 a; Schütze, Lehrb. § 38 Note 12; § 45 Note 3; Derselbe in Goltdammer's Arch. XXI. S. 165; v. Liszt, Lehrb. § 49 sub III. 1 S. 210; Geyer, Grundr. I. S. 137; Oppenhoff zu § 48 sub 7; Rüdorff zum 4. Abschn. sub 1 a; Olshausen zu § 47 sub 17; zu § 52 sub 3; Binding, Handb. I. S. 769; Herzog, Gerichtssaal XXXVIII. S. 353; Borchert a. a. O. S. 26, 27.

[298]) Vgl. Brackenhoeft a. a. O. S. 425; Köstlin, System S. 87 zu Note 2, S. 282, S. 316 zu Note 5; Schütze in Goltdammer's Arch. XXI. S. 166; Lehrb. § 47 Note 18 mit § 37 in.; H. Meyer, Lehrb. § 33 zu Note 11 S. 275; v. Liszt, Lehrb. § 31 sub II. 1 S. 133 verbunden mit § 32 S. 136 ff.; Rüdorff zum 4. Abschnitt sub 1 a; Olshausen zu § 53 sub 3; Herzog im Gerichtssaal XXXVIII. S. 353; Borchert a. a. O. S. 27.

[299]) Im Fall des § 193 des R.-Str.-G.-B. fehlt es m. A. nach an dem Erfordernis der Rechtswidrigkeit der Beleidigung und damit an dem Thatbestand einer strafbaren Handlung. Vgl. Olshausen zu § 185 sub 14, zu § 193 sub 1 (der 2. Aufl.)

Digitized by Google

Pr.-O.[300]) oder aus art. 22 der R.-V. resp. § 12 des R.-Str.-G.-B.[301]); wegen Selbstmordes oder Selbstverstümmelung[302]): weil ich hier überall einen auf jus commune beruhenden Schuldausschließungsgrund annehme; wenn der Thäter für ein relatives Antragsdelikt nicht gestraft werden kann auf Grund mangelnder oder ungültiger Antragsstellung[303]), weil ich den Antrag für eine Bedingung der materiellen Strafbarkeit halte; u. dgl. m.[304])

§ 76.

In durchgängigen Widerspruch zu der gemeinen Meinung, wie sie im Vorstehenden näher ausgeführt und begründet wurde, gerät Herzog[305])

---

und die dort Zitierten. Die Konsequenz ist, daß von einer strafbaren Teilnahme an einer unter dem Schutz des § 193 erfolgten Beleidigung keine Rede sein kann. Ein damit nicht zu verwechselnder Fall ist die zur Wahrung fremder Interessen vorgenommene Beleidigung seitens eines Alleinthäters; hierüber s. Olshausen zu § 193 sub 5.

[300]) Auch in diesem Fall fehlt es an der Widerrechtlichkeit der Freiheitsberaubung (Olshausen zu § 239 sub 8 b), der Nötigung ꝛc. mit der in der vorigen Note gezogenen Konsequenz für die Teilnehmer.

[301]) Vgl. Binding, Handb. S. 684; v. Liszt, Lehrb. § 21 sub I. S. 103; Olshausen zu § 12 sub 2.

[302]) Vgl. Köstlin, System S. 282, S. 316 zu Note 5; Schütze, Notw. Teiln. S. 261, 288 ff.; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 365 Note 5; Meyer, Lehrb. § 33 sub 3 S. 275, 276; § 39 zu Note 12 S. 315; v. Liszt, Lehrb. § 34 sub V; § 86 sub IV. S. 303; Schütze, Lehrb. § 35 Note 5; Binding, Handb. I. S. 701; Schütze im Gerichtssaal XXXVIII. S. 113 unten. — Vgl. dagegen die subjektive Teilnahmetheorie über diese Frage oben in § 27.

[303]) Vgl. Köstlin, System S. 286 zu Note 8; Hepp im Arch. des Krim.-R. 1840 S. 274, 295; v. Liszt, Lehrb. § 51 sub IV. verbunden mit § 43 sub II. 1; Olshausen zu § 61 sub 2.

[304]) Über andere hierher gehörige Fälle vgl., und zwar für den Fall, daß der Thäter straflos bleibt als Aszendent oder Ehegatte u. s. w. (auf Grund von Vorschriften wie § 247 Abs. 2 des R.-Str.-G.-B.): Luden, Abh. II. S. 358 Note 1; Brackenhoeft a. a. O. S. 418, 419; Schütze, Notw. Teiln. S. 261, 293; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 365 Note 5; Borchert a. a. O. S. 25; Oppenhoff zu § 48 sub 8; weil er seine That im Ausland begangen hat: Borchert a. a. O. S. 23, 26; weil er auf Grund eines verbindlichen Befehls handelte: v. Bar, Versuch und Teilnahme S. 43 sub 2 b; Langenbeck, Teiln. S. 149; Schütze, Lehrb. § 45 Note 3; weil ihm § 173 Abs. 4 des R.-Str.-G.-B. zu statten kam: Borchert a. a. O. S. 23 Note 4 und die hier Angegebenen; weil bei ihm solche persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse fehlen, welche ein an sich strafloses Thun erst zu einem strafbaren machen: v. Liszt, Lehrb. § 54 sub IV. S. 221; Köstlin, System S. 318; v. Buri, Kausalität 1885 S. 68.

[305]) Vgl. seine Aufsätze „Über Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des R.-Str.-G.-B. mit besonderer Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme" im Gerichtssaal XXIV. (1872) S. 435—462; XXVI (1874) S. 28—48; „Über den Begriff einer strafbaren Handlung und die Gestaltung der Schuldfrage nach der R.-Str.-Pr.-O." im Gerichtssaal XXX. (1878) S. 294—316; „Strafbarkeit und Straflosigkeit im Sinne des § 51 ff. des Str.-G.-B. nach der Judikatur des Reichsgerichts" im Gerichtssaal XXXVIII. (1886) S. 342—370. Vgl. auch desselben Verfassers Abhandlungen in der Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung Jahrg. XI. (1871) S. 259—274 und Jahrg. XII. (1872) S. 220—237: „Zur Lehre von der Teilnahme nach den §§ 47—50 des deutschen Str.-G.-B."

Digitized by Google

durch seine eigentümliche Auffassung der „strafbaren Handlung“. Auch er anerkennt zwar ausdrücklich die akzessorische Natur der Teilnahme nach unserem geltenden Strafrecht[306]). Auch er versteht darunter nichts Anderes, als was wir oben zu Note 267 darunter verstanden haben[307]). Auch Herzog befindet sich also, im Einklang mit dem Gesetz, auf dem Boden der objektiven Teilnahmetheorie. Aber unter der „strafbaren Handlung“ des Thäters, an die sich die Teilnahmehandlung, um strafbar zu werden, anlehnen muß, versteht er lediglich die Thatbestände des besonderen Teiles des R.-Str.-G.-B., bezw. die besonderen Verbrechensthatbestände anderer Strafgesetze, ohne Rücksicht auf die im allgemeinen Teil enthaltenen Schuld- und Strafausschließungsgründe. Sobald der Thäter eine solche „äußere Verbrechensfigur“ hergestellt, also z. B. eine den Thatbestand des § 211 oder § 242 des R.-Str.-G.-B. erfüllende Handlung begangen hat, liegt nach ihm eine strafbare Handlung im Sinne der §§ 47—49 des R.-Str.-G.-B. vor, und ist also die Teilnahmehandlung selbst zur strafbaren Handlung geworden. Ob der Thäter aus einem der in §§ 51 ff. des R.-Str.-G.-B. normierten Gründe straflos ausgeht oder nicht, ist für das Vorliegen einer strafbaren Handlung, an der sich der Teilnehmer beteiligen kann, irrelevant. Erst wenn die äußere Verbrechensfigur des Thäters und die Teilnahme Anderer hieran festgestellt ist, hat man nun bezüglich jedes einzelnen Beteiligten, also bezüglich des Thäters, Mitthäters, Anstifters, Gehülfen gesondert, die Frage aufzuwerfen, ob er etwa aus einem der Gründe der §§ 51 ff. straflos zu bleiben hat, oder ob seine strafbare Handlung — im Sinne eines im zweiten Teile des Gesetzbuches einzeln aufgeführten Deliktes — eine „strafbare Handlung im eminenten Sinne“ — d. h. eine That, für welche Strafe verwirkt ist — darstelle[308]). Das hier interessierende Resultat wäre dann, daß die Strafbarkeit des Teilnehmers bestehen bliebe, auch wenn der Thäter wegen Geisteskrankheit, jugendlichen Alters,

[306]) Gerichtssaal XXX. S. 358: „Anstiftung und Beihülfe sind im Sinne des Gesetzes freilich Formen der akzessorischen Teilnahme an der That eines Anderen, und diese That muß sich ebenso unzweifelhaft äußerlich als eine von einem Anderen begangene strafbare Handlung charakterisieren.“

[307]) Vgl. bes. Str.-R.-Ztg. 1871 S. 268 vv.: „Nun sahen wir bereits, daß Anstiftung und Beihülfe keine delicta sui generis sind, sondern lediglich Begehungsformen oder Modalitäten der Mitschuld an einzelnen selbständigen Delikten. Von einer eigenen von der Begehung der Hauptthat möglicherweise . . . verschiedenen Begehung der Anstiftung oder Beihülfe als strafbarer Handlung, kann daher gar nicht gesprochen werden.“

[308]) Dieser zweifache Begriff der strafbaren Handlung sei nach der Terminologie des R.-Str.-G.-B. sowohl wie der Str.-P.-O. durchgängig zu unterscheiden, wie insbesondere in den drei ersten Aufsätzen im Gerichtssaal näher ausgeführt wird.

Digitized by Google

Notwehr, unwiderstehlichen Zwanges, Irrtums ꝛc. straflos ausginge, weil alle diese Umstände nach Herzog eine bloß persönliche Wirkung ausüben, und daher dem Teilnehmer zu statten kommen können nur, wenn sie auch in seiner Person vorliegen.

§ 77.

Ich halte diese ganze Ansicht für grundverfehlt.

Für den Strafgesetzgeber ist „strafbare Handlung" κατ' ἐξοχήν diejenige, welche einen Strafanspruch des Staates erzeugt. Sie allein enthält jene Auflehnung gegen die Rechtsordnung, die der Gesetzgeber durch seine Strafsatzungen reprimieren will; ihr allein gilt Norm und Strafgesetz. Wohl muß sich der Strafgesetzgeber auch mit der „äußeren Verbrechensfigur", mit den Handlungen, die „bloß nächstem Anschein nach mit dem Strafgesetz in Kollission" geraten[309]), beschäftigen. Aber doch nur, weil es menschlicher Unvollkommenheit nicht möglich ist, sofort diesen bloßen Schein als solchen zu erkennen. Bis dies gelungen, muß die ein Strafgesetz äußerlich verletzende Handlung als „strafbare Handlung" gelten und behandelt werden. Daher insbesondere in den einleitenden Stadien des Strafprozesses unter „strafbarer Handlung" „die ihrer äußeren Erscheinung nach gesetzwidrige That"[310]) zu verstehen sein wird, wie ja auch im Civilprozeß der in der Klage behauptete Anspruch zunächst wie ein wirklich bestehender Anspruch behandelt wird. Aber dies geschieht nur notgedrungen und interimistisch; und dieser Notbegriff der „strafbaren Handlung" darf nicht mit Herzog zum grundlegenden Begriff für den ganzen Aufbau des Strafrechts gemacht werden.

„Strafbare Handlung" ist für das materielle Strafrecht in dubio stets eine solche, auf Grund deren ein Strafanspruch des Staates existiert. Das ist aber bei den einzelnen Delikten des besonderen Teiles nur dann der Fall, wenn bezüglich ihrer außer den Erfordernissen des speziellen Thatbestandes auch die Momente des allgemeinen Verbrechensthatbestandes: also ein zurechnungsfähiger Thäter, Willensschuld desselben bei der konkreten Handlung, Rechtswidrigkeit der letzteren, Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg gegeben sind. Dies ist die Bedeutung des Satzes: „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" in den einschlägigen Paragraphen des Allgemeinen Teiles des R.-Str.-G.-B. Die abweichende Auffassung Herzog's führt zur Negierung des allgemeinen

---

[309]) Vgl. Herzog, Gerichtssaal XXX. S. 295.

[310]) art. 86 des sächs. Str.-G.-B. vom 11. August 1855 und dazu Herzog, Gerichtssaal XXXVIII. S 354.

Digitized by Google

Verbrechensthatbestandes. Herzog hat dies auch selbst richtig erkannt und — adoptiert! Die ungeheuerliche Konsequenz, zu der er so gelangt: die Aufstellung eines allgemeinen Verbrechensthatbestandes als ein Steckenpferd der Doktrin zu bezeichnen und jenem für das praktische Strafrecht die Daseinsberechtigung abzustreiten[311]), würde m. E. schon an sich genügen, um seine Lehre als in der Wurzel krank erkennen zu lassen. Überdies wäre diese Konsequenz mit unserem geltenden Strafrecht nur dann in Einklang zu bringen, wenn man allen den Gründen, „welche die Strafe ausschließen", die rein formelle Bedeutung zuerkennen wollte, Ausnahmen rein persönlicher Natur von der eigentlich begründeten sachlichen Strafbarkeit darzustellen[312]). Während wir es im Civilprozeß und Strafprozeß endlich glücklich dahin gebracht haben, den rein formellen Gesichtspunkt von exceptio und Einrede zu überwinden, und die hinter ihnen verborgenen materiellen Begriffe zu erkennen und zu verwerten, will uns Herzog im Strafrecht auf einen Standpunkt zurückwerfen, auf welchem wir die Momente, welche einen Strafanspruch des Staates als nicht entstanden oder wiederaufgehoben erscheinen lassen, als bloße Hemmungen der Durchführung dieses an sich bestehenden Anspruches gegenüber einzelnen Personen betrachten sollen!

Für die Lehre aber endlich von der Teilnahme würde Herzog's Konstruktion in Wahrheit Folgendes bedeuten: Die Norm, bei deren Verletzung man wegen Teilnahme strafbar wäre, würde lauten: „Du sollst Dich nicht an einer Handlung beteiligen, welche sich äußerlich als Übertretung eines Strafgesetzes darstellt". Scilicet: ob sie auch ihrem „inneren Wesen"[313]) nach eine strafbare Handlung ist, ist für Dich Teilnehmer gleichgültig; Du bist strafbar, auch wenn auf Thäters Seite „eine strafbare Handlung nicht vorhanden" ist. Trotzdem bleibst Du Teilnehmer strafbar und zwar wirst Du, soweit Du Mitthäter oder Anstifter warst, ganz ebenso hart gestraft, wie wenn Du das Verbrechen als Alleinthäter begangen hättest.

Sofort dürfte einleuchten: Erstens, die Beteiligung an einer nur äußeren Verbrechensfigur der Thäterschaft einer auch ihrem inneren Wesen nach als Verbrechen erscheinenden Handlung gleich zu strafen, hat der Staat sicher kein Recht. Zweitens, eine solche Beteiligung überhaupt zu strafen hat der Staat gewiß kein größeres Interesse, als die Thäterschaft bezüglich einer nur der äußeren Erscheinung nach gesetz-

[311]) Gerichtssaal XXX. S. 305 ff.
[312]) Vgl. Herzog im Gerichtssaal XXX. S. 295 Z. 3, 4; S. 303 ff.
[313]) Vgl. Herzog im Gerichtssaal XXXVIII. S. 359.

Digitized by Google

widrigen That zu strafen; folglich, da er letztere nicht straft, wird er auch erstere nicht strafen. Drittens, die Bestrafung einer solchen Teilnahme enthält in Wahrheit eine Verleugnung der akzessorischen Natur der Teilnahme. Viertens, die Bestrafung einer solchen Teilnahme ist direkt gesetzwidrig. Denn die Strafe des Anstifters und des Gehülfen soll nach demjenigen Gesetze festgesetzt werden, welches auf die Thäterhandlung Anwendung findet. Nun findet das vom Thäter äußerlich übertretene Gesetz zwar immer noch Anwendung in dem Richterspruch: Thäter ist zwar der fraglichen Gesetzesübertretung schuldig, kann aber nicht für sie gestraft werden. Es findet dagegen keine Anwendung in dem Richterspruch: Thäter hat die betreffende strafbare Handlung ihrem inneren Wesen nach gar nicht begangen, er ist ihrer nach dem Gesetz gar nicht schuldig. Ein solcher Richterspruch muß nach unserem geltenden Recht stets erfolgen, wenn ein Schuldausschließungsgrund vorliegt (arg. §§ 262, 293 der R.-Str.-Pr.-O.[314]) Folglich kann in solchem Fall auch der Teilnehmer nicht gestraft werden.

§ 78.

Und so bleiben wir denn dabei: die akzessorische Natur der Teilnahme läßt den Teilnehmer dann als straflos erscheinen, wenn die Thäterhandlung den allgemeinen und besonderen Thatbestand einer strafbaren Handlung nicht erfüllt. Wenigstens — so fügen wir noch bei — kann der Teilnehmer in diesem Fall nicht als solcher gestraft werden, was nicht ausschließt, daß, was er gethan, etwa als delictum sui generis oder aber als Selbstthäterschaft des betreffenden Verbrechens strafbar sei. Letzteres wird dann der Fall sein, wenn der scheinbare Teilnehmer in der Lage war, den scheinbaren Thäter, ohne in concreto mit dessen Fähigkeit freier Willensbestimmung rechnen zu müssen, als Mittel und Werkzeug zur Verwirklichung seiner eigenen verbrecherischen Absicht zu benutzen, und dies auch intendierte. Denn dann fehlt es an den Kriterien der Teilnahme: nur teilweise Verursachung mit entsprechender Absicht (s. oben S. 125 ff.); dann liegt vielmehr Verursachung des ganzen Erfolges durch den scheinbaren Teilnehmer selbst und hierauf gerichteter Wille desselben, also eben Selbstthäterschaft, vor[315]).

[314]) Vgl. Herzog im Gerichtssaal XXX. S. 308 ff.

[315]) Wenn v. Buri an verschiedenen Orten, neuestens in seiner Kausalität 1885 S. 47 unten und im Gerichtssaal XLII. S. 268, der objektiven Teilnahmetheorie die Möglichkeit absprechen will, die scheinbare Teilnahme am schuldlosen Thun eines Andern als Selbstthäterschaft zu konstruieren, so dürfte dies durch das im Text Gesagte widerlegt sein. Über die Konstruktion solcher Fälle seitens der subjektiven Theorie s. oben S. 61 und S. 120 zu Note 201.

Digitized by Google

3. Konsequenzen der akzessorischen Natur der Teilnahme.

§ 79.

Es gilt nunmehr noch die wichtigsten Konsequenzen der akzessorischen Natur der Teilnahme für unser geltendes Recht aufzuzeigen.

1. Von der Thäterhandlung hängt es ab, als welche strafbare Handlung die Teilnahmehandlung sich qualifiziert. Oder — wie es Schütze, Notw. Teiln. S. 286 als den „im Vorwege felsenfest hinzustellenden Grundsatz" formuliert hat —:

> „Das für den Helfer wie Anstifter maßgebende Verbrechen und Strafgesetz bestimmt sich stets und ausschließlich nach dem vom Thäter (im Einverständnis mit dem Helfer) begangenen Verbrechen."

Es ist der nämliche Grundsatz, den auch unser geltendes Recht in §§ 48 und 49, je im Abs. 2[316]) sanktioniert hat:

> „Die Strafe des Anstifters (Gehülfen) ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet (Hülfe geleistet) hat."[317])

Dieser Grundsatz schließt von vornherein nicht aus eine verschiedene Ausmessung der Strafe für den Thäter und für den Teilnehmer. Er trägt aber zugleich auch, so wie er im Gesetz sanktioniert ist („wissentlich"), die Schranke in sich, innerhalb derer er allein gelten kann: nur soweit des Thäters Verbrechen von des Teilnehmers Schuld mitumfaßt ist. Denn nur soweit reicht überhaupt der Thatbestand der Teilnahme (vgl. oben § 61), nur soweit kann also von der akzessorischen Natur der Teilnahme und ihren Konsequenzen die Rede sein. Von selbst ergiebt sich hieraus die Möglichkeit und Notwendigkeit verschiedener Bestrafung von Thäter und Teilnehmer im Fall eines sog. Exzesses des Thäters.[318])

---

[316]) Bezüglich der Mitthäterschaft steckt der nämliche Grundsatz in den Worten des § 47 R.-Str.-G.-B.: „so wird jeder als Thäter bestraft": vgl. oben Text nach Note 268.

[317]) Vgl. Hälschner, System I. S. 332: „Wenn die Handlung des Gehülfen ihre strafrechtliche Bedeutung nur durch die Beziehung auf die verbrecherische Absicht des Urhebers und deren Verwirklichung empfängt, so bildet die strafrechtliche Norm, nach welcher der Urheber zu beurteilen ist, zugleich auch die für die Strafbarkeit des Gehülfen. . . . . In diesem Sinne bestimmt das preußische Strafrecht, daß auf den Teilnehmer dasselbe Strafgesetz anzuwenden sei, das auf den Thäter Anwendung findet."

[318]) Vgl. über den sog. Exceß des Thäters: Mittermaier in Note IX. zu § 46 von Feuerbach's Lehrb. und die dort Zitierten; Geib II. S. 353 ff., S. 382 unten und die von ihm Genannten; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 357 ff. und die zahlreichen Zitate dort in Note 2; S. 397; H. Meyer, Lehrb. § 35 sub 7 S. 293; § 36 sub 2 S. 296; v. Liszt § 51 sub III. S. 214; § 52 sub III. S. 218; Borchert a. a. O. S. 76 zu Note 3, S. 89 zu Note 42 — Vgl. auch oben S. 64. — Von diesem Gesichtspunkt aus kann sich auch für die objektive

Digitized by Google

Hinwiederum wird des Teilnehmers Schuld nicht alteriert durch solche Abweichungen der Thäterhandlung von der Intention des Teilnehmers, welche den Charakter des beabsichtigten Verbrechens nicht ändern; woraus sich wiederum von selbst ergiebt, daß ein vom Thäter zu verantwortender error in objecto auch vom Teilnehmer verantwortet werden muß.[319]) Auf dies Alles braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Zwei Punkte aber bedürfen einer eingehenden Erörterung:

§ 80.

a. Jenachdem der Thäter das Verbrechen selbst vollendet oder nur verursacht hat, ist auch der Teilnehmer wegen Vollendung oder Versuches strafbar.[319a]) Denn er konnte sich vermöge der akzessorischen Natur der Teilnahme immer nur an dem beteiligen, was der Thäter begangen hat. Ist der Thäter beim Versuch des Verbrechens stehen geblieben, so hat der Teilnehmer ein versuchtes Verbrechen, ist der Thäter zur Vollendung gelangt, so hat der Teilnehmer ein vollendetes Verbrechen mitbegangen, und ist darnach zu bestrafen. Die Strafdrohungen der §§ 47—49 R.-Str.-G.-B. zusammengehalten mit denjenigen im besonderen Teil des R.-Str.-G.-B. einerseits, mit derjenigen in § 44 R.-Str.-G.-B. andererseits ergeben das nämliche Resultat auch für unser positives Recht.

Teilnahmetheorie das Resultat ergeben, daß von mehreren an einer Tötung Beteiligten der eine wegen Mordes, der andere wegen Todschlages zu strafen ist. Es ist nicht einzusehen, warum sich dies (vgl. oben S. 65) nur vom Standpunkt der subjektiven Teilnahmetheorie aus soll konstruieren lassen.

[319]) Hierher gehört die Litteratur über den Fall Rose und Rosal: H. Böhlau, der Kriminalprozeß Rose und Rosal. Weimar 1859; (Goltdammer) Über den Einfluß des Irrtums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung und Hülfsleistung zu diesem Verbrechen: Goltdammer's Arch. VII. (1859) S. 322—337; Hälschner, der Kriminalprozeß gegen Rose und Rosal, ein Beitrag zur Lehre vom Irrtum: ebenda S. 433—450; H. Böhlau, Replik in Sachen wider Rose und Rosal: ebenda VIII. (1860) S. 156—162. — Vgl. auch H. Meyer S. 293 zu Note 22 und die hier Zitierten.

[319a]) Zu diesem Resultat gelangt zwar auch die subjektive Theorie (vgl. oben S. 60); allein nur vermöge der Verteidigung zweier — meiner Ansicht nach [vgl. Ursachenbegriff S. 15] unvereinbarer — Sätze und in einer mehr als sonderbaren Weise. „Ursache ist jede einzelne Bedingung eines Erfolges", folglich auch jede Teilnahmehandlung für sich betrachtet; darum ist sie selbständig strafbar, ob nun der Erfolg wirklich eintritt oder nicht [vgl. dazu oben Text zu Note 76], letzteren Falles als Versuch [vgl. unseren § 26]. „Jeder Erfolg ist unteilbar": folglich wenn er durch das Zusammenwirken Mehrerer hervorgebracht ist, muß er jedem ganz auf Rechnung gesetzt, jeder also wegen Vollendung gestraft werden. Die Strafbarkeit des Teilnehmers wechselt also im Laufe der Zeit: sobald er seine Teilnahmehandlung vorgenommen, ist er bereits wegen Versuches des Verbrechens strafbar. Aber nur interimistisch. Denn sobald der Thäter das Verbrechen vollendet hat, wird nun ex post auch der Teilnehmer wegen Vollendung strafbar!

Digitized by Google

Man hat argumentiert: Die akzessorische Natur der Teilnahme verlangt nur, daß das Verbrechen selbst begangen, d. h. mindestens versucht sei. Ob dann aber der Teilnehmer wegen Vollendung oder Versuches zu strafen sei, richte sich allein nach dem Charakter seiner Teilnahmehandlung, ob nämlich diese vollendet oder versucht sei.[320]) Es gebe also m. a. W. auch einen strafbaren Versuch der Teilnahme an einem vollendeten oder versuchten Verbrechen.[321]) Und man hat diese Ansicht

[320]) Vgl. insbes. Berner, Teilnahme S. 219 ff.: „Da die Beihülfe bloßes Akzessorium der Urheberschaft ist, so kann von einer Beihülfe nicht mehr geredet werden, sobald das Verbrechen des Urhebers gar nicht in das erste Stadium des Versuches eingetreten war. . . . Dagegen kann es sowohl einen Versuch der Beihülfe, als Beihülfe zu einem Versuche geben. . . . . Hat die Beihülfe keinen Erfolg, so kann doch noch Versuch der Beihülfe strafbar bleiben, sobald nur das Prinzipale vorhanden ist"; und Hälschner, Deutsches Strafr. I. S. 403 unten: „Wenn die behauptete Straflosigkeit der unwirksamen anstiftenden Thätigkeit darauf gegründet wird, daß die Anstiftung als Teilnahme die Thäterschaft voraussetze, darum, wenn es an der strafbaren Thätigkeit eines Thäters mangelt, auch von strafbarer Teilnahme nicht die Rede sein könne, so bleibt unerklärt, warum die strafbare Teilnahme an dem Delikte eines Anderen nicht sollte in strafbarer Weise versucht werden können."

[321]) Es sind hier folgende oft konfundierte Fragen wohl auseinander zu halten:

a. Ist die Teilnahme selbst — abgesehen von der ihr eventuell nachfolgenden Thäterschaft — als Versuch des Verbrechens zu betrachten? — Es wurde schon in unserem § 26 bezw. oben zu Note 262 gezeigt, daß die Konsequenz der subjektiven Theorie zur Bejahung, der objektiven Theorie zur Verneinung dieser Frage zwingt.

b. Giebt es Teilnahme zu einem Versuch in dem Sinn, daß die Absicht des Teilnehmers nur auf Begehung eines Versuches seitens des Thäters gerichtet war? — Diese Frage, welche z. B. noch Olshausen zu § 48 sub 21 hinsichtlich der Anstiftung bejaht, ist mit der gemeinen Meinung zu verneinen, da auch der Thäter des Versuches die Vollendung des Verbrechens beabsichtigen mußte (§ 43 R.-Str.-G.-B.), und die Absicht des Teilnehmers insoweit mit der des Thäters zusammenfällt: s. oben § 61 sub a, §§ 64, 65; vgl. auch v. Liszt § 51 sub IV. S. 216.

c. Giebt es Teilnahme an einem Versuch in dem Sinn, daß Thäter und Teilnehmer die Vollendung beabsichtigten, Thäter aber aus irgend welchem Grunde nur bis zu einem Versuch gelangt ist? — Diese Frage war im § 35 des preuß. Str.-G.-B. ausdrücklich bejaht worden. Ihre Bejahung ergiebt sich auch für uns nicht bloß aus allgemeinen Gründen, sondern auch aus dem Inhalt der §§ 47—49; denn auch der Versuch des Thäters ist eine „strafbare Handlung" im Sinne der §§ 47, 48, ein (Verbrechen oder) Vergehen im Sinne des § 49 R.-Str.-G.-B.

d. Giebt es einen Versuch der Teilnahme, wo eine Thäterhandlung fehlt? — Diese Frage ist jedenfalls seitens der objektiven Theorie auf Grund der akzessorischen Natur aller Teilnahme ohne Weiteres zu verneinen. Denn darnach hat die Teilnahme ohne Thäterschaft überhaupt keine strafrechtliche Bedeutung. Vgl. unten den Schluß dieses Paragraphen.

e. Giebt es einen Versuch der Teilnahme, wo Thäterschaft gegeben ist? — Dies ist die Frage, mit welcher sich der Text zunächst beschäftigt. Vgl. über dieselbe noch: Feuerbach, Revision II. (1800) S. 247; Mittermaier, N. A. I. (1816) S. 178 ff.; Wächter, Lehrb. I. (1825) § 89 Note 79 S. 149, § 90 Note 87 S. 152 sub 3; Hepp, Versuche (1827) S. 265 ff., 268 ff.; Martin, Lehrb. 2. Ausg. (1829) § 82 zu Note 17; Bauer, Lehrb. 2. Ausg. (1833) § 76 Note c.; § 78 Note d.; Zachariae, Lehre vom Versuch I. (1836) S. 57, 63 ff.; Hepp, A. 1836 S. 41 ff., 44 ff.; Luden, Abhandlungen I. (1836) S. 439 ff.; Bauer, Abhandlungen I. (1840) S. 459; Köstlin, Neue Revision (1845) S. 504 ff.; Brackenhoeft a. a. O. (1847) S. 83; Luden, Handb. I. (1847) S. 460 ff.; Zachariae, A. 1851 S. 223; Golt-

Digitized by Google

auch auf das positive Recht stützen wollen, dessen Vorschriften über den Versuch im zweiten Abschnitt auch auf die im dritten Abschnitt geordnete Teilnahme Anwendung finden müßten.[322])

Allein: ein bloßer Versuch der Teilnahme an einem wirklich begangenen, d. h. mindestens bis zu einem Versuch gediehenen Verbrechen läßt sich gar nicht anders denken, als daß der, welcher teilnehmen wollte, durch seine Thätigkeit nicht einmal eine Bedingung des gewollten Erfolges gesetzt hat.[323]) Denn sobald er für den Erfolg auch nur eine Bedingung gesetzt hat,[324]) kann von versuchter Teilnahme keine Rede

---

dammer, Materialien I. (1851) S. 323; Temme, Lehrb. des preuß. Strafr. (1853) S. 341 sub 11, S. 361 sub 9; Köstlin, System I. (1855) S. 292 f., 306 oben; Zachariae, G. A. III. (1855) S. 298 sub 3; Heffter, Lehrb. 6. Aufl. (1857) § 85 Note 3; Hälschner, System I. (1858) S. 329 zu Note 17, S. 330; v. Bar, Versuch und Teilnahme (1859) S. 51 ff., 74 ff.; Geib, Lehrb. II. (1862) S. 371; Langenbeck, Teilnahme (1868) S. 163 ff., 186 ff.; Schütze, Notw. Teilnahme (1869) S. 255, 279; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. (1871) S. 344 ff., 398 ff.; Herzog, Deutsche Str.-R.-Z. 1871 S. 272; Schwarze in v. Holtzendorff's Handb. II. (1871) S. 286 ff.; Schütze, Lehrb. 2. Aufl. (1874) § 46 S. 153; § 47 S. 157; Oppenhoff, Komm. 4. Aufl. 1874 zu § 48 sub 25; zu § 49 sub 4; Rüdorff, Komm. zu § 48 sub 7; zu § 49 sub 5; Schwarze Komm. 4. Aufl. (1879) Exkurs XI. S. 133, 142; Geyer, Artt. „Anstiftung", „Beihülfe" in v. Holtzendorff's R.-L. 3. Aufl. (1880) S. 121, 259; Wächter, Vorlesungen (1881) S. 255 § 83 Note 3; Hälschner, Gem. D. Strafr. I. (1881) S. 386 ff., 403 ff.; Geyer, Grundr. I. (1884) § 39 sub 3; § 40 sub 4; Herzog, Gerichtssaal XXXVIII. (1886) S. 360; Berner, Lehrb. 14. Auflage (1886) § 84 sub 9; Baumgarten, Versuch (1888) S. 431 ff.; H. Meyer, Lehrb. 4. Auflage (1888) S. 282 § 33 sub 12; v. Liszt, Lehrb. 3. Aufl. (1888) § 51 sub IV. 2; § 52 sub IV. 2; Borchert, Strafr. Verantw. (1888) S. 52, 53; Herzog jr., Freiwill. Rücktr. (1889) S. 232; Olshausen, Komm. 3. Aufl. (1889) zu § 48 sub 24; zu § 49 sub 23.

[322]) Vgl. insbes. Ortmann, Giebt es nach dem Gesetzbuch einen strafbaren Versuch der Anstiftung? der Beihülfe? in Goltdammer's Arch. XXII. (1874) S. 385—390, welcher behauptet, daß die §§ 43 ff. R.-Str.-G.-B. nicht nur auf die Delikte des besonderen Teils des R.-Str.-G.-B., sondern auch auf die Teilnahmeformen der §§ 47—49 R.-Str.-G.-B. angewendet sein wollten. Vgl. auch Hälschner, Deutsch. Strafr. I. S. 389.

[323]) Vgl. Brackenhoeft a. a. O. S. 83; Bauer, Lehrb. § 76 Note c; Zachariae in Goltdammer's Arch. III. S. 298, 299 sub a und b; Hälschner, System I. S. 330. — Beispiele: Der A, welcher den B zum Verbrechen bestimmen will, stößt im B auf einen schon zum Verbrechen Entschlossenen (jam alias facturus), sodaß seine Anstiftungsthätigkeit zu der vom B begangenen strafbaren Handlung überhaupt nichts beigetragen hat. — Aus irgend welchem Grunde [vgl. die Beispiele oben in Note 30, 36, 37] hat die Beihülfehandlung des C zu dem vom D begangenen Verbrechen, das er unterstützen wollte, nicht das Mindeste beigetragen. — Der E, welcher gemeinsam mit dem F und G den Schrank x wegtragen will, packt in Folge einer Verwechselung den Schrank y an, den er allein nicht vom Flecke bringt, während es F und G gelingt, den Schrank x ohne E zu heben und davon zu tragen. — Vgl. auch bayer. Str.-G.-B. von 1813 Teil I. art. 82.

[324]) Sei dies auch nur durch Bestärkung des Thäters in seinem Entschlusse: vgl. oben Note 35 und 37. — Daher war es unrichtig, in der dem Thäter versprochenen aber nicht geleisteten Hülfe einen Versuch der Beihülfe zu erblicken, wie dies z. B. das bayer. Str.-G.-B. von 1813 Teil I. art. 82 that: vgl. Heffter a. a. O. § 85 Note 3; v. Bar, Teilnahme S. 77 Note 9.

Digitized by Google

mehr sein, sondern ist die Teilnahme vollendet.[325]) Hat er aber für den Erfolg durch seine Thätigkeit nicht einmal eine Bedingung gesetzt, hat m. a. W. seine Thätigkeit zu dem Erfolge gar nichts beigetragen, so liegt nach schon früher Ausgeführtem überhaupt keine Teilnahme vor, weder eine „vollendete", noch eine „versuchte".[326]) Das Verbrechen ist dann ohne Mitwirkung des angeblichen Teilnehmers entstanden, es ist also eine Teilnahme an einem Verbrechen überhaupt nicht gegeben, und ist nicht einzusehen, wie so Jemand, der zum Geschehenen gar nichts beigetragen, dafür sollte strafbar sein.[327])

Diese Argumentation gilt unmittelbar auch für unser positives Recht. Denn § 47 verlangt, daß die Mitthäter „gemeinschaftlich ausführen", also jeder zum Erfolg wirklich beiträgt; § 48 verlangt, daß der Anstifter den Andern zum Verbrechen „bestimmt hat", also ebenfalls für den Erfolg mitwirksam gewesen ist; und § 49 verlangt, daß der Gehülfe „zur Begehung Hülfe geleistet hat", nicht bloß leisten wollte: folglich ist zu jeder Teilnahmeform unseres positiven Rechtes erforderlich, daß der Teilnehmer wirklich zum Erfolg etwas beigetragen habe. Damit ist dann aber die Teilnahme vollendet und eine Beziehung der §§ 43 ff. auf die §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. von vornherein ausgeschlossen.

Und so geht denn auch die communis opinio dahin, daß es mindestens nach positivem Recht einen Versuch der Teilnahme nicht gebe.[328])

---

[325]) Vgl. Zachariae im Archiv 1851 S. 223. S. auch oben unsere S. 125.

[326]) S. oben §§ 6 ff.; § 50. — Eine gegenteilige Ansicht wäre nur dann möglich, wenn man das Wesen der Teilnahme in dem irgend wie bethätigten Mitwirkungswillen sehen würde. Vgl. Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 399 ganz unten.

[327]) Vgl. Temme, Preuß. Str.-R. S. 361; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. S. 399 sub 2.

[328]) Die Motivierung ist verschieden. Viele weisen darauf hin, daß das positive Recht, wo es auch die zum Erfolg nichts beitragende „Teilnahme"-Handlung bestrafen wollte, sie zum delictum sui generis gemacht: vgl. z. B. Schwarze, Kommentar a. a. O. S. 133; v. Liszt, Lehrb. S. 215 zu Note 4; Baumgarten, Versuch S. 431, 432 zu Note 3; Andere beziehen sich einfach auf die vom geltenden Recht anerkannte akzessorische Natur der Teilnahme: vgl. z. B. Schütze, Lehrb. § 47 Note 8; wieder Andere argumentieren damit, daß der Versuch nach geltendem Recht sei ein Anfang der Ausführung, die Teilnahmehandlungen aber als Ausführungshandlungen nicht betrachtet werden könnten: s. z. B. wiederum Schütze a. a. O. und Herzog, Deutsche Str.-R.-Ztg. 1871 S. 272; Gerichtssaal XXXVIII. S. 360; Olshausen endlich zu § 48 sub 24 stützt sich auf die Geschichte des Gesetzes, wie denn auch schon Zachariae in Goltdammer's Arch. III. S. 298 sub 3 seine Ansicht, daß es einen Versuch der Teilnahme nicht gebe, auf § 31 des Preuß. Str.-G.-B. gegründet hatte. Beweislos ist die Behauptung Meyer's, Lehrb. S. 282 sub 12: „Ein Versuch der Teilnahme . . . ist nach dem geltenden Recht nicht strafbar, da dasselbe sich begnügt, den Versuch des Deliktes selbst zu strafen." Unrichtig aber, und im Widerspruch mit anderweiten Äußerungen desselben Autors (z. B. im Gerichtssaal XXVIII. S. 201) ist es, wenn v. Buri in Goltdammer's Arch. XXV.

Digitized by Google

Von vornherein ausgeschlossen aber ist es nach unserem positiven Recht, von einem strafbaren Versuch der Teilnahme da zu reden, wo auf der Thäterseite weder Versuch noch Vollendung vorliegt. Denn wie die Teilnahme vermöge ihrer akzessorischen Natur ohne die Thäterschaft überhaupt nichts strafbares ist (s. oben nach Note 265), so kann sie auch ohne eine strafbare Thäterschaft kein strafbarer Versuch sein, weder ein Versuch des Verbrechens selbst (s. oben zu Note 262 ff.), noch ein Versuch der Teilnahme. Von solchem kann nur reden, wer unter Leugnung ihrer akzessorischen Natur der Teilnahme selbständige Strafbarkeit zuerkennt.

§ 81.

b. Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Thäters, welche sich in seiner That objektivieren und seine Strafbarkeit beeinflussen, müssen auch vom Teilnehmer vertreten werden, soweit sie von seiner Schuld mit umfaßt, d. h. soweit sie ihm bekannt und in seinen Willen aufgenommen waren.[329]) Auf den Streit, welche dieser Eigenschaften und Verhältnisse sich in der That objektivieren, welche nicht, näher einzugehen, ist hier kein Anlaß.[330]) Für die sich objektivierenden folgt das eben Gesagte aus der akzessorischen Natur der Teilnahme, während hinsichtlich der sich

---

S. 305 meint, daß „die Strafbarkeit der versuchten Beihülfe durch das Strafgesetzbuch nicht verneint wird".

[329]) Vgl. über die Frage des Einflusses persönlicher Verhältnisse in der Lehre von der Teilnahme — außer den oben in § 30 bereits zitierten Ausführungen von v. Buri und Janka und abgesehen von den Kommentaren zu § 50 R.-Str.-G.-B. —: Kitka, Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen (1842) S. 21—34; Luden, de socio delicti generali et speciali, Jenae 1845; Berner, Teilnahme (1847) S. 305, 306, 341—344; Roßhirt im Archiv 1851 S. 516—547; Köstlin, System (1855) S. 283, 284, 314—320; Hälschner, System I. (1858) S. 334—337, 362—372; Berner, Grundsätze des Preuß. Strafr. 1861 §§ 36—38, 58, 59; Geib, Lehrb. II. (1862) S. 355 ff., 379 ff.; Langenbeck, Teilnahme (1868) S. 172, 173, 239—244; Schütze, Notwendige Teilnahme (1869) S. 256—260, 299—303; Geyer in v. Holtzendorff's Handb. II. (1871) S. 362 bis 368, 394—396; Herzog in der Deutschen Strafr.-Ztg. 1871 S. 271, 272; 1872 S. 220—237; Ortmann in Goltdammer's Arch. XXII. (1874) S. 390—395; Hälschner, Gem. D. Strafr. I. (1881) S. 435—441; Binding, Grundriß (1884) S. 126—128; meinen Ursachenbegriff (1885) S. 57 Note 87 sub I.; Meyer, Lehrb. § 33 sub 9; v. Liszt, Lehrb. § 53; Borchert, Strafr. Verantwortlichkeit (1888) S. 33—37.

[330]) Vgl. übrigens oben auf S. 74. — Die Terminologie: Eigenschaften, die sich im Verbrechen objektivieren bezw. nicht objektivieren, gebrauchen z. B. auch v. Buri — Geyer — Herzog ll. cc.; Ortmann a. a. O. scheidet objektiv-persönliche und subjektiv-persönliche Eigenschaften; Schütze a. a. O. S. 299 spricht von mit dem Verbrechen konnexen und rein individuellen Erschwerungs- und Milderungsgründen.

Digitized by Google

nicht objektivierenden Eigenschaften und Verhältnisse Thäter und Teilnehmer selbständig zu beurteilen sind.

Soweit nun

α. die betreffenden Eigenschaften oder Verhältnisse begriffskonstitutive sind, setzt unser positives Recht der Ziehung der bezeichneten Konsequenz aus der auch von ihm adoptierten akzessorischen Natur der Teilnahme ein Hindernis nicht entgegen. Die §§ 48 und 49 in ihrem Absatz 2 führen vielmehr zu dem nämlichen Resultat und § 50 R.-Str.-G.-B. bezieht sich auf diese Fälle nicht mit. Wer also z. B. an einem reinen Beamtenverbrechen teilnimmt, wird, wenn er dies mit Wissen und Willen gethan, gleichfalls wegen dieses Beamtenverbrechens strafbar, obschon er selbst nicht Beamter ist.[331]) — Soweit dagegen

β. die betreffenden Eigenschaften oder Verhältnisse lediglich die Strafbarkeit der (Thäter-) Handlung erhöhen oder vermindern, greift § 50 R.-Str.-G.-B. ein, welcher nach den Motiven (S. 66) bezweckt, „daß Jeder lediglich nach dem Grade seiner Verschuldung, wie sie sich nach seiner Thätigkeit und seinen Verhältnissen gestaltet, bestraft werde", und seiner ganzen Fassung nach diesen Zweck auch wirklich erreicht hat. Mit dieser selbständigen strafrechtlichen Beurteilung des Thäters und des Teilnehmers je nach ihren Eigenschaften und Verhältnissen, die nach § 50 cit. auch dann Platz greifen muß, wenn der Thäter oder der Teilnehmer die beim Andern vorliegenden Eigenschaften und Verhältnisse kannte, hat nun allerdings das Gesetzbuch eine Konsequenz der objektiven Teilnahmetheorie verlassen. Allein daß dieser Umstand nicht etwa als Beweis darf benutzt werden wollen dafür, daß das Gesetz nicht auf dem Boden der objektiven, sondern vielmehr der subjektiven Teilnahmetheorie stehe, ist klar. Denn einmal entspricht der § 50 R.-Str.-G.-B. auch durchaus nicht den Konsequenzen der subjektiven Teilnahmetheorie (vgl. oben § 30). Sodann ist im Übrigen im R.-Str.-G.-B. die objektive Teilnahmetheorie so bestimmt und unzweideutig zum Ausdruck gekommen, daß im § 50 garnichts anderes erblickt werden kann, als eine singuläre Ausnahme von den Konsequenzen dieser Theorie und den eigenen Bestimmungen des Gesetzbuchs in §§ 47—49. Und dies Resultat wird auch durch die Materialien des Gesetzes bestätigt.[332])

---

[331]) Also dieses Delikt als Thäter nicht hätte begehen können: vgl. Schütze, Notw. Teiln. S. 286.

[332]) Im Entw. eines Str.-G.-B. f. d. Nordd. Bund vom Juli 1869 bildete der jetzige § 50 R.-Str.-G.-B. den 3. Abs. des § 41. Im 1. Abs. dieses § war die akzessorische Natur der Teilnahme im Allgemeinen mit den Worten anerkannt: „Auf den Teilnehmer an einem Verbrechen oder Vergehen, oder an einem strafbaren Ver-

Digitized by Google

§ 82.

2. Die Teilnahme entlehnt ihre Strafbarkeit der Thäterschaft; sie ist bis zur Begehung des Verbrechens selbst (bezw. eines Versuches desselben) strafrechtlich irrelevant (s. oben §§ 68, 69). Aus dieser akzessorischen Natur der Teilnahme ergiebt sich ohne Weiteres, daß sie, jedenfalls als strafbare Handlung, wenn auch nicht als Handlung an sich, erst „begangen" ist in dem Moment, wo das Verbrechen selbst begangen ist.[333]) Es muß also dieser letztere Moment seinerseits näher bestimmt werden wenigstens für die Fälle, wo er allein zweifelhaft werden kann: für die Fälle nämlich, wo Thätigkeit und Erfolg derselben zeitlich auseinanderfallen. Ist hier die Zeit des Abschlusses der Thätigkeit oder die Zeit des Eintrittes des Erfolges der Moment des begangenen Verbrechens? Ich entscheide mich für das Erstere. Und zwar einmal aus dem hier nicht näher auszuführenden Grunde de lege ferenda, weil ich mit H. Meyer[334]) in der verbrecherischen Thätigkeit das Wesen des Verbrechens erblicke. Sodann aber, weil mir die lex lata[335]) ganz entschieden als Moment der

---

suche ist das Strafgesetz anzuwenden, welches auf den Thäter Anwendung findet". Und die Motive zum Abs. 3 bemerken auf S. 94: „Der Schlußabsatz des § 41 .... enthält eine .... Modifikation des an die Spitze des Paragraphen gestellten Grundsatzes".

[333]) Richtig Herzog, Strafr.-Ztg. 1871 S. 268: „Nun sahen wir bereits, daß Anstiftung und Beihülfe keine delicta sui generis sind, sondern lediglich Begehungsformen oder Modalitäten der Mitschuld an einzelnen selbständigen Delikten. Von einer eigenen, von der Begehung der Hauptthat möglicherweise (räumlich oder) zeitlich verschiedenen Begehung der Anstiftung oder Beihülfe, als strafbarer Handlung, kann daher gar nicht gesprochen, sondern es muß vor Allem festgehalten werden, daß (Ort und) Zeit der Hauptthat über die Strafbarkeit sämtlicher an der Handlung Beteiligten resp. das Maß derselben entscheidet". Von den beiden andern Schriftstellern, die sich über die Zeit der Begehung der Teilnahme im Allgemeinen geäußert haben — gewöhnlich wird die Frage behandelt bei ihrer speziellen Anwendung in der Lehre von der Verjährung (s. unten zu Note 339), wo sie jedoch durch die Vorschrift unseres positiven Rechtes in § 67 Abs. 4 R.-Str.-G.-B. kompliziert ist —, nimmt H. Meyer § 33 sub 11 S. 282 an, die Teilnahme sei als strafbare Handlung begangen, sobald die Teilnahmethätigkeit selbst vollzogen ist; während v. Liszt § 30 sub II. S. 130 lehrt: Anstiftung und Beihülfe sind dann begangen, wenn der Anzustiftende den Rat u. s. w., der Thäter die Hülfeleistung empfängt — denn hierin bestehe der Erfolg der Anstiftung bezw. Beihülfe, und in der Herbeiführung des Erfolges bestehe die Begehung der Handlung. — Wie mir scheint, beruht die von unserer abweichende Ansicht H. Meyer's auf einer ungerechtfertigten Verleugnung der von unseren Gesetzen anerkannten akzessorischen Natur der Teilnahme. v. Liszt's abweichende Meinung aber beruht, wenn ich mich nicht täusche, auf einem doppelten Irrtum: auf einer unrichtigen Auffassung der akzessorischen Natur der Teilnahme und auf einer ebensolchen des Begriffes der begangenen Handlung nach unserem geltenden Recht: s. das im Text Folgende.

[334]) Lehrb. § 22 sub 2 S. 175 der 4. Auflage. Vgl. zur Begründung dieser Ansicht insbes. auch Schwarze, Lehre von der Verjährung S. 50. S. auch Text unten nach Note 342.

[335]) Vgl. oben S. 67 Note 79.

Digitized by Google

begangenen Handlung den Zeitpunkt des Abschlusses der Thätigkeit zu statuieren scheint.[335a]) Unbestreitbar ist dies geschehen für die Frage nach dem Beginn der Verjährung durch die Vorschrift in § 67 Abs. 4 R.-Str.-G.-B. Indem nun hier nicht etwa nur bestimmt ist, daß der Erfolg, obgleich er an sich einen Bestandteil der begangenen Handlung bilde, ausnahmsweise für den Beginn der Verjährung als nicht zur begangenen Handlung gehörig betrachtet werden solle; sondern vielmehr der eingetretene Erfolg und die begangene Handlung als zwei getrennte Begriffe behandelt werden, von denen nur der letztere für den Beginn der Verjährung in Betracht kommen solle: enthält der § 67 Abs. 4 insoferne eine Legaldefinition der begangenen Handlung, als bestimmt wird, daß zum Begriff derselben der Eintritt des Erfolges nicht gehört. Es ist nicht einzusehen, weswegen dieser Begriff als ein nur ad hoc aufgestellter und für andere Fälle der „begangenen Handlung" nicht zutreffender von uns sollte erachtet werden.[336]) Vielmehr halten wir uns für berechtigt, ihn überall da anzuwenden, wo das Gesetz mit der „begangenen Handlung" operiert. Und dies ist um so unbedenklicher, da auch andere Stellen des Gesetzes uns zu dem nämlichen Begriffe hinführen. Denn wenn z. B. in §§ 51, 55—59 geredet wird von „Zeit der Begehung der Handlung", „bei Begehung der Handlung", von einer zu bestimmter Zeit begangenen Handlung: so ergiebt der Inhalt dieser Paragraphen sofort, daß überall unter Begehung der Handlung nur die Vornahme der Thätigkeit ohne Rücksicht auf den Eintritt des Erfolges zu verstehen ist. Und ist denn nicht auch die versuchte Handlung eine „begangene" — wohl zu unterscheiden von der „vollendeten" — Handlung im Sinne unseres Gesetzes? Bei der versuchten Handlung aber fehlt es von vornherein an dem Eintritt des Erfolges.

Nach alledem ist also die Teilnahmehandlung in dem Moment als strafbare Handlung begangen, wo der Thäter seine — ihn wegen Versuches oder Vollendung strafbar machende — Thätigkeit abgeschlossen hat.

§ 83.

Sofort aber gelangen wir dann für das geltende Recht zu folgenden — den Ergebnissen der subjektiven Teilnahmetheorie oben in § 28 direkt zuwiderlaufenden — weiteren Konsequenzen:

[335a]) Ich kann es demnach nicht als richtig anerkennen, wenn v. Lilienthal, der Ort der begangenen Handlung (1890), auf S. 5 behauptet, der Sinn, in welchem das R.-Str.-G.-B. den Ausdruck Handlung regelmäßig gebrauche, sei: „menschliche Thätigkeit einschließlich des rechtlich erheblichen Erfolges".

[336]) Wie dies Binding, Handb. I. S. 417 Note 9 will.

Digitized by Google

a. die Teilnahmehandlung kann nur dann aber auch stets dann mit Strafe belegt werden, wenn für die Thäterhandlung, zu der sie akzessorisch gehört, eine Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Thäterhandlung begangen wurde; also nicht, wenn zwar zur Zeit der Teilnahmethätigkeit, aber nicht mehr zur Zeit der Verbrechensthätigkeit selbst, eine solche Strafbestimmung existierte. Es würde ja dann auch an einem Gesetz fehlen, „welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er (der Teilnehmer) wissentlich angestiftet, Hülfe geleistet hat"; § 2 Abs. 1 mit §§ 48, 49 je im Abs. 2 R.-Str.-G.-B.[337])

b. wenn die Teilnahmethätigkeit unter der Gesetzgebung x, die Verbrechensthätigkeit unter der Gesetzgebung y stattfand, und die Verbrechensthätigkeit unter letzterer Gesetzgebung auch zur Aburteilung kommt, so liegt eine „Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung" auch für die Teilnahmehandlung nicht vor. Denn sie ist juristisch begangen in dem Moment der Begehung der Thäterhandlung. § 2 Abs. 2 R.-Str.-G.-B. ist also für diesen Fall überhaupt nicht, vielmehr nur dann anwendbar, wenn Teilnahme- und Verbrechensthätigkeit in der Zeit vor der Gesetzgebung y, unter welcher das Verbrechen selbst zur Aburteilung kommt, vorgenommen worden sind.[338])

c. Die Teilnahmehandlung beginnt zu verjähren[339]) mit dem Tage, an welchem die Verbrechensthätigkeit abgeschlossen

---

[337]) Richtig Herzog, Strafr.-Ztg. 1871 S. 268 sub 1.

[338]) Hier entscheidet Herzog a. a. O. sub 2 inkonsequent (vgl. Note 333), daß wenn die Teilnahmethätigkeit unter dem Gesetz x, die Verbrechensthätigkeit unter dem Gesetz y vorgenommen sei, nach § 2 Abs. 2 cit. stets das mildere der beiden Gesetze auf den Thäter wie auf den Teilnehmer anzuwenden sei. Denn wenn auch die Teilnahme als strafbare Handlung erst mit der Begehung des Verbrechens selbst begangen sei, so sei sie doch als rechtlich indifferente Handlung schon in dem Moment ihrer natürlichen Bethätigung „begangen". Allein der Abs. 1 des § 2 dürfte doch deutlich zeigen, daß die „begangene Handlung" des Abs. 2 eine strafbare sein muß!

[339]) Über die Frage, wann die Teilnahmehandlungen zu verjähren beginnen, vgl. Stübel, Teilnahme (1828) S. 115; Abegg im Arch. 1841 S. 381—400; Kitka, Zusammentreffen mehrerer Schuldigen (1842) § 13; Schwarze, Zur Lehre von der Kriminalverjährung, im Arch. 1843 S. 460; Berner, Teilnahme (1847) S. 304, 305; Goltdammer, Materialien I. (1851) S. 312; Köstlin, System (1855) § 100 Anm. 6 S. 331, 332; Berner, Grundsätze des Preuß. Strafr. (1861) § 40 S. 37, 38; Geib, Lehrb. II. (1862) S. 347; Schwarze, Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung im Strafr. (1867) S. 71, 72; Langenbeck, Teilnahme (1868) S. 169, 170: Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch II. (1871) S. 375; Heinze ebenda S. 618; Schütze, Lehrbuch 2. Aufl. (1874) S. 209 zu Note 20; Hälschner, Gem. D. Strafr. I. (1881) S. 699, 700; Wächter, Vorlesungen § 100 Beil. II. S. 508; Geyer, Artikel „Verjährung" in v. Holtzendorff's R.-L. 3. Aufl. III. (1881) S. 1042; Derselbe, Grundr. I. (1884) S. 197; Binding, Grundr. 3. Aufl. I. (1884) § 108 S. 185; Derselbe, Handb. I. (1885) § 162 S. 839, 840; v. Liszt, Lehrb. 3. Aufl. (1888) § 82 sub II.; H. Meyer, Lehrb. 4. Aufl. (1888)

Digitized by Google

wurde; denn erst an diesem Tage ist sie „begangen" im Sinne des § 67 Abs. 4 R.-Str.-G.-B. Soferne also die Thätigkeit mehrerer Mitthäter zeitlich auseinanderfällt, beginnt die Verjährung für alle gleichheitlich zu laufen mit dem Tage, wo der zuletzt Handelnde seine Thätigkeit abgeschlossen hat.[340]) Soferne die Thätigkeit der Anstifter und Gehülfen einerseits, des Thäters andererseits zeitlich auseinanderfällt, beginnt die Verjährung für alle gleichheitlich zu laufen mit dem Tage, wo der Thäter seine Thätigkeit abgeschlossen hat.

Man hat dagegen eingewendet: die Begehung des Verbrechens seitens des Thäters ist der Erfolg der Teilnahmethätigkeit. Auf den Erfolg soll es nach § 67 Abs. 4 R.-Str.-G.-B. für den Beginn der Verjährung nicht ankommen. Folglich beginnt die Teilnahmethätigkeit zu verjähren schon mit dem Moment ihrer Vornahme.

Zur Widerlegung dieses Einwandes scheint mir nun zwar das Argument[341]) noch nicht durchzuschlagen, daß § 67 Abs. 4 unter der „begangenen Handlung" rationellerweise nur eine begangene strafbare Handlung verstehen könne, die Teilnahmehandlung aber erst strafbar werde mit der Thäterhandlung, also auch jetzt erst zu verjähren beginnen könne. Denn es wird sich nicht bestreiten lassen, daß bei Antragsdelikten die Stellung des Antrages nicht zur begangenen Handlung im Sinne des § 67 Abs. 4 cit. gehöre, und doch erst mit der Stellung des Antrages das Antragsdelikt zur strafbaren Handlung wird — ein Beweis, daß es nach § 67 Abs. 4 einen Beginn der Verjährung auch vor Beginn der Strafbarkeit giebt.[342])

Durchschlagend scheint mir vielmehr folgende Argumentation: § 67 Abs. 4 spricht von Handlungen, die sich zu einem bestimmten Erfolg verhalten, wie die Ursache zur Wirkung. In einem solchen Fall soll die Verjährung bereits mit der Verübung der Handlung beginnen, weil vermöge der Notwendigkeit der Kausalität mit dem Setzen der Ursache bereits auch der Erfolg gesetzt ist, und sein früherer oder späterer Ein-

---

§ 45 zu Note 40; Borchert, Strafrechtl. Verantw. (1888) S. 52; ferner die Kommentare zu § 67 R.-Str.-G.-B. von Rubo sub 15; Schwarze sub 5 (4. Aufl. 1879 S. 260, 261); Oppenhoff sub 11 u. 12 [vgl. auch zu § 48 sub 10 i. f.]; Rüdorff sub 2; Olshausen sub 16; endlich v. Buri an den oben auf S. 66 zitierten Stellen.

[340]) Über den Beginn der Verjährung speziell der Mitthäterschaft äußern sich von den in voriger Note Zitierten: Schwarze, Kriminalverjährung und Kommentar ll. cc.; Binding, Handb. a. a. O.; H. Meyer, Oppenhoff, Olshausen ll. cc.

[341]) Mit welchem z. B. Binding, Grundr. lc. operiert.

[342]) Vgl. v. Liszt § 42 zu Note 6 S. 182.

Digitized by Google

tritt demgegenüber für die Frage des Verjährungsbeginns gleichgültig erscheinen muß. Nun verhalten sich aber die Teilnahmehandlungen zum verbrecherischen Erfolg selbst nie wie die Ursache, sondern lediglich wie Bedingungen.[343]) Die Worte des § 67 Abs. 4: „ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges" haben also auf den Beginn der Verjährung der Teilnahmehandlungen gar keinen Bezug, sondern hierfür gelten nur die Worte: „die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist". Die Teilnahmehandlung aber ist vermöge der von unserem positiven Recht sanktionierten akzessorischen Natur der Teilnahme begangen, erst wenn die Thäterhandlung begangen ist. Folglich beginnt auch erst mit diesem Tage die Teilnahmehandlung zu verjähren.

§ 84.

3. Die Teilnahmehandlung besitzt an sich allein noch nicht die nötige Kausalität für die Hervorbringung des gewollten verbrecherischen Erfolges. Erst die Thäterhandlung erzeugt den letzteren, und erst durch sie wird die Teilnahmehandlung mitwirksam für den Erfolg und dadurch strafbar. Folglich wird die Teilnahmehandlung auch **an dem Ort** zur strafbaren Beteiligung, wo die Thäterhandlung begangen wird. Die Teilnahmehandlung ist, wo sie auch an sich verübt sein mag, kraft der akzessorischen Natur der Teilnahme, im Rechtssinn begangen da, wo das Verbrechen selbst begangen ist.[344])

Wer freilich in der Teilnahmehandlung eine selbständige Verursachung des verbrecherischen Erfolges erblickt, der muß dieselbe auch hinsichtlich der Frage nach ihrem Begehungsort als selbständig und unabhängig vom Verbrechen selbst behandeln (vgl. oben S. 65). Für die von unserem Reichsrecht sanktionierte objektive Teilnahmetheorie aber mit ihrer Konsequenz der akzessorischen Natur der Teilnahme bleibt — wie oben in § 82 — nur noch die Frage zu beantworten: an welchem Ort ist das Verbrechen selbst begangen? Wir beantworten sie hier wie dort: an demjenigen Orte, wo die den Erfolg verursachende verbrecherische Thätigkeit, die Ausführungsthätigkeit, vorgenommen worden ist, ohne

[343]) Vgl. oben in § 58.

[344]) Über den Begehungsort der Teilnahmehandlungen im Allgemeinen s. insbes. Herzog, Deutsche Strafr.-Ztg. 1871 S. 268; Schütze § 20 Note 3; v. Liszt § 30 sub II. S. 130; H. Meyer § 33 sub 11 S. 282; Rüdorff zum 3. Abschnitte sub 5; Olshausen zu § 3 sub 9. Gewöhnlich wird die Frage erörtert in ihrer Anwendung auf das räumliche Herrschaftsgebiet der Strafgesetze: s. unten Note 346.

Digitized by Google

Rücksicht auf den Eintritt des Erfolges selbst. An dem nämlichen Ort ist also u. E. auch die Teilnahmehandlung juristisch begangen.[345])

Im Einzelnen ist uns demnach die Mitthäterschaft begangen überall da, wo der eine oder der andere Mitthäter als solcher handelte; denn an jedem dieser Orte wurde das Verbrechen „ausgeführt". Die Anstiftung und die Beihülfe aber sind nur begangen, wo des Thäters Ausführungsthätigkeit stattfand.

§ 85.

Und hieraus ergiebt sich:

a. Soferne Anstiftungs- und Beihülfethätigkeit im Inland, die Verbrechensthätigkeit aber im Ausland stattfand, sind auch jene Teilnahmehandlungen juristisch im Ausland begangen; und ob sie nach unseren inländischen Gesetzen gestraft werden können, hängt davon ab, ob nach § 4 R.-Str.-G.-B. der Thäter des Verbrechens bei uns gestraft werden kann.

Umgekehrt, wenn Anstiftungs- und Beihülfethätigkeit im Ausland, die Verbrechensthätigkeit im Inland stattfand, so sind auch jene Teilnahmehandlungen juristisch im Inland begangen und finden nach § 3 R.-Str.-G.-B. die Strafgesetze des Deutschen Reiches auf sie Anwendung.[346])

---

[345]) Es wiederholen sich hier die schon in § 82 bekämpften abwegigen Argumentationen. H. Meyer lc. nimmt an, die Teilnahmehandlung sei auch juristisch an dem Ort begangen, wo sie faktisch vollzogen wurde; v. Liszt a. a. O. läßt die Teilnahme juristisch da begangen sein, wo der Anzustiftende den Rat ꝛc., der Thäter die Hülfeleistung empfing; Rüdorff entscheidet wie H. Meyer, mit der Motivierung, daß die Hauptthat als der Erfolg der Teilnahmehandlung erscheine, und auf den Ort des Erfolges für die Frage nach dem Ort der Begehung nichts ankomme; nach Olshausen endlich sind Anstiftung und Beihülfe sowohl dort begangen, wo sie thatsächlich verübt wurden, als auch dort, wo sie zur Wirksamkeit gelangten. Die letztgenannte Ansicht hat sich nunmehr auch v. Lilienthal a. a. O. S. 32 sub 4 angeeignet.

[346]) Über die Anwendung der §§ 3 ff. R.-Str.-G.-B. auf die Teilnahmehandlungen s. außer den oben in Note 344 Genannten noch: Temme, Glossen zum Preuß. Str.-G.-B. 1853 S. 53; Goltdammer's Arch. IV. 1858 S. 273; v. Bar, Internat. Strafrecht 1862 S. 558; „Verbrechen im Ausland" in Goltdammer's Arch. XV. (1867) S. 798 ff., hier S. 803; Schwarze in v. Holtzendorff's Handb. II. (1871) S. 47, 48; Schütze in Goltdammer's Arch. XXI. (1873), S. 169, 170; Herzog, Gerichtssaal XXVI. 1874 S. 44 ff.; Binding, Handb. I. (1885) § 86: „Begehungsort des mittelbaren Thäters und des Teilnehmers"; die Kommentare von Oppenhoff zu § 48 sub 10 [vgl. zu § 3 sub 5; zu § 4 sub 28], von Schwarze (4. Aufl. 1879) S. 44; Hahn, S. 31 ff. Der Fall der Mitthäterschaft wurde im Text sub a nicht mehr besonders erwähnt. Nach dem Vorausgegangenen ist es, wenn von mehreren Mitthätern der eine im Inland, der andere im Ausland thätig war, nicht anders, als wenn beide im Inland ihre Thätigkeit vornahmen. — Von den vorhin Genannten behandeln den Fall der Mitthäterschaft ausdrücklich: Binding und Olshausen.

Digitized by Google

Man hat bezüglich des ersteren Falles wohl auch so argumentiert: Zugegeben, daß die inländische Teilnahmehandlung an einem im Ausland verübten Verbrechen juristisch ebenfalls im Ausland begangen ist, so folgt daraus doch noch nicht ihre Abhängigkeit von der Thäterhandlung im Punkte der Strafbarkeit. Denn bleibt der im Ausland handelnde Thäter etwa nur deswegen bei uns straflos, weil er ein Ausländer ist, so kann trotzdem der Teilnehmer strafbar sein, wenn er ein Inländer ist, und nach § 4 R.-Str.-G.-B. der im Ausland das fragliche Verbrechen begehende Inländer nach unseren Gesetzen gestraft werden kann.[347])

Andere haben diese Argumentation adoptiert mit der Beschränkung, daß das im Ausland begangene Delikt des ausländischen Thäters im Ausland überhaupt strafbar sein müsse.[348]) Denn sei es im Ausland straflos, dann fehle es ja objektiv an einer strafbaren Handlung, an die sich die Teilnahme akzessorisch anlehnen könne. Während allerdings, wenn die Hauptthat im Ausland strafbar und der Thäter nur wegen seiner subjektiven Eigenschaft als Ausländer bei uns straflos sei, die Teilnahmehandlung trotz ihrer akzessorischen Natur noch gestraft werden könne.

Allein ich meine, indem der § 3 R.-Str.-G.-B. das Territorialitätsprinzip sanktionierte, hat er für alle Verbrechen im weitern Sinn als Bedingung der Strafbarkeit aufgestellt, daß sie im Inland begangen seien. Wenn also das Verbrechen selbst im Ausland begangen wurde, und keine der Ausnahmen des § 4 R.-Str.-G.-B. begründet ist, so fehlt es (vgl. oben § 73 a. E.) für unser Deutsches Strafrecht an einer „strafbaren Handlung" im Sinne der §§ 47—49 daselbst, an die sich die im Inland begangene Teilnahme anlehnen könnte. Ist dagegen der Thäter des Verbrechens selbst, trotzdem sie im Ausland begangen wurde, nach § 4 cit. strafbar, so ist zunächst eine strafbare Handlung gegeben, an die die Teilnahmehandlung sich anlehnen kann. Da aber die letztere vermöge ihrer akzessorischen Natur ebenfalls als im Ausland begangen zu betrachten ist, so wird es von der Inländer- oder Ausländerqualität des Teilnehmers abhängen, ob er auf Grund des § 4 cit. ebenfalls gestraft werden kann.[349])

[347]) So insbes. Herzog, Strafr.-Ztg. 1871 S. 270.

[348]) Das ist wohl die Meinung Oppenhoff's ll. cc.

[349]) Der Thäter eines im Ausland gegen das Deutsche Reich verübten Landesverrats kann z. B. als Inländer nach § 4 Ziff. 2 R.-Str.-G.-B. im Inland strafbar sein, während der ausländische Teilnehmer, trotzdem er seine Teilnahmehandlung faktisch im Inland verübte, straflos bleiben muß.

Digitized by Google

b. Soweit der Ort der „begangenen strafbaren Handlung" maßgebend ist für die örtliche Zuständigkeit der Gerichte (§§ 7, 9, 10 R.-Str.-Pr.-O.), hat der Ort des begangenen Verbrechens zu gelten auch als der Ort der begangenen Teilnahme.[350]) Für die Aburteilung der Teilnahmehandlung ist also — soweit es sich um das forum delicti commissi handelt — stets dasselbe Gericht zuständig wie für die Aburteilung der Thäterschaft; d. h. nach unseren Ausführungen oben vor Note 345 das Gericht, in dessen Sprengel der Thäter die ausführende Thätigkeit vorgenommen hat.[351])

Freilich hat man geglaubt, aus den Bestimmungen der R.-Str.-Pr.-O. selbst Gründe gegen diese Konsequenz der akzessorischen Natur der Teilnahme entnehmen zu können. Löwe in seinem Kommentar zur R.-Str.-Pr.-O. § 7 sub 3 behauptet, im Sinn des § 7 cit. stelle das die Teilnahme enthaltende Thun jedes Einzelnen für sich allein eine „strafbare Handlung" dar, sodaß gegen den Einzelnen der Gerichtsstand der begangenen That da begründet sei, wo sein Thun stattgefunden habe. „Es folgt dies daraus, daß die R.-Str.-Pr.-O. den gedachten Fall als einen Fall des Zusammenhangs mehrerer Strafsachen behandelt" (scil. in § 3 daselbst). Allein § 3 cit. beweist doch nur, daß das Gesetz die Begangenschaft des Teilnehmers und die des Thäters nicht als eine, sondern als mehrere — unter sich in Zusammenhang stehende — „Strafsachen" behandelt wissen will;[352]) nicht aber steht der § 3 der Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme und ihrer Konsequenzen irgendwie im Wege.

Eher könnte man ein Argument gegen die hier vertretene Auffassung aus dem § 2 R.-Str.-Pr.-O. entnehmen, insoferne er nämlich, verbunden mit § 3 daselbst, die Möglichkeit anzunehmen scheint, daß dies

[350]) Richtig bemerkt Löwe zum § 7 R.-Str.-Pr.-O. sub 1: „Als Begehungsort im Sinn des Prozeßrechtes muß eben derselbe Ort gelten, der im Sinn des materiellen Strafrechts (vgl. Str.-G.-B. §§ 3 ff.) der Begehungsort ist". Vgl. auch v. Lilienthal a. a. O. S. 5 zu Note 6 ff. und die von ihm Zitierten.

[351]) Unsere für das materielle Strafrecht aufgestellte Ansicht findet für das Strafprozeßrecht eine Stütze in den Motiven zu §§ 1—3 des Entw. der R.-Str.-Pr.-O. (von 1873 S. 15) vv.: „Die bestehenden Deutschen Gesetzgebungen . . . regeln noch besonders 1. den Fall, wenn der zum Thatbestand notwendige Erfolg des Verbrechens in einem anderen Bezirke eingetreten ist, als in demjenigen, in welchem die That begangen worden . . . . Der Entwurf hat besondere Vorschriften hierüber für entbehrlich erachtet. Denn es erscheint selbstverständlich, daß es in dem Fall zu 1. nur auf den Ort der That und nicht auf den des eingetretenen Erfolges ankommen kann."

[352]) Folgend der gewiß richtigen Ansicht, daß so viel „Strafsachen" gegeben sind, als Strafansprüche vorliegen. Und: „Ein Verbrechen erzeugt stets eine Mehrheit von Strafrechten, wenn es durch mehrere Teilnehmer verübt ist": vgl. Binding, Handb. I. S. 522 sub III. nach Note 11; vgl. S. 468 sub II. 1 daselbst; vgl. endlich Planck, Deutsches Strafverfahren, § 206 in.

Digitized by Google

Verbrechen selbst und die Teilnahme hieran zur Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Ordnung gehören. Allein schon John, Kommentar I. S. 149 hat richtig bemerkt:

> „Da für den Mitthäter, den Anstifter und den Gehülfen dasselbe Strafgesetz in Anwendung zu bringen ist, wie für den Thäter, so könnte der Fall, daß Mitthäter, Anstifter und Gehülfen vor einem Gericht niederer Ordnung als der Thäter abzuurteilen wären, nur unter der Voraussetzung gedacht werden, daß einer der Beteiligten das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hätte (G.-V.-G. § 73 Note 3)."

Wenn aber endlich § 13 R.-Str.-Pr.-O. die Möglichkeit setzt, daß „zusammenhängende Straffachen" im Sinn des § 3 daselbst „nach den Vorschriften der §§ 7—11 zur Zuständigkeit verschiedener Gerichte gehören", so nötigt auch dies nicht zu dem Schluß, daß also auch Verbrechens- und Teilnahmehandlung nach der Vorschrift des § 7 zur Zuständigkeit verschiedener Gerichte gehören können — was allerdings unserer Auffassung direkt zuwiderlaufen würde —, wenn man nur erwägt:

einmal, daß für die übrigen der in § 3 genannten zusammenhängenden Straffachen ein verschiedener Gerichtsstand der begangenen That nach § 7 begründet;

und dann, daß für Thäterschaft und Teilnahme je ein verschiedener Gerichtsstand des Wohnsitzes nach § 8 oder der Ergreifung nach § 9, oder auch für den Thäter der Gerichtsstand der Ergreifung nach § 9, für den Teilnehmer der Gerichtsstand des Wohnorts nach § 8 und umgekehrt gegeben sein kann.

§ 86.

4. Aus der akzessorischen Natur der Teilnahme ergeben sich endlich die nachstehenden — zwar vielfach adoptierten, aber mehrfach nicht ausreichend motivierten — Konsequenzen für die Lehre von der Verbrechenskonkurrenz nach unserem positiven Recht:

a. Wenn Jemand sich mehrerer gleichartiger Teilnahmehandlungen zu dem Einen Verbrechen eines Dritten schuldig gemacht hat,[353]) so liegt juristisch nur Eine strafbare Handlung

[353]) Von diesem Fall handeln Binding, Handbuch I. (1885) S. 586 zu Note 46; v. Liszt 3. Aufl. (1888) § 51 sub V. 2 S. 216; § 52 sub V. 2 S. 219; H. Meyer 4. Aufl. (1888) § 33 sub 10 zu Note 39; Bünger in v. Liszt's Zeitschr. VIII. (1888) S. 712; Olshausen, Kommentar 3. Aufl. 1889 zu 73 sub 4 b, 20 b; und 2. Aufl. (1886) zu § 257 sub 47 c gegen Ende. — Den von manchen Schriftstellern noch erwähnten Fall des Zusammentreffens von Teilnahme- und [Allein-] Thäter-Handlung in der nämlichen Person bezüglich des nämlichen Verbrechens vermag ich mir nicht zu konstruieren. Was der Thäter zu seiner Selbstbestimmung, zur Förderung und Erleichterung seines Verbrechens thut, ist Vorbereitung und Ausnutzung

Digitized by Google

vor. · Denn keine seiner Teilnahmehandlungen ist etwas an sich Strafbares. Erst das Verbrechen selbst macht sie strafbar, indem es die vom Teilnehmer gesetzten Bedingungen des Erfolges in sich aufnimmt. Und da es selber nur Eines ist, faßt es auch die verschiedenen Teilnahmeakte des Einen Teilnehmers in Eine strafbare Teilnahmehandlung zusammen. Der Fall liegt nicht anders, als wie wenn beim strafbaren Bankerott eine Mehrheit von Bankerotthandlungen durch die Eine Zahlungseinstellung als gemeinsame Bedingung der Strafbarkeit zur Einheit zusammengefaßt wird.[354])

b. Das Nämliche gilt aus demselben Grunde, wenn Jemand mehrere ungleichartige Teilnahmehandlungen zu demselben Verbrechen eines Dritten begangen hat.[355]) Mit der Begehung des Einen Verbrechens wird Alles, was immer der Teilnehmer zu demselben beigetragen hat, als Eine strafbare Teilnahmehandlung existent, strafbar natürlich nach dem schwersten Teilnahmeakt, welchen der Teilnehmer verübte. Wenn man hier als Grund gewöhnlich das Verhältnis der Subsidiarität bezeichnet, in welchem die Strafbestimmungen über Teilnahme zu denen über Thäterschaft [so Binding, H. Meyer, Olshausen], bezw. die über die leichteren Teilnahmeformen zu denen über die schwereren [so Binding, H. Meyer] stehen: so hat es mit dieser Subsidiarität seine Richtigkeit. Aber sie selbst bedarf, wie Binding[356]) treffend bemerkt, erst wieder der Begründung. Und diese liegt m. E. eben in der unselbständigen Natur der Teilnahme gegenüber der Thäterschaft.

c. Wenn zu einer Mehrheit von Verbrechen (des nämlichen oder verschiedener Thäter) Eine Teilnahmehandlung

seines Verbrechens, aber nicht Teilnahme. In den von Binding lc. S. 361 zu Note 13 gebrachten Beispielen scheinen mir das Verbrechen, welches der A. als Thäter begeht, und dasjenige, zu welchem er anstiftet, zwei verschiedene Verbrechen zu sein. Wenn sich dieselben so zu einander verhalten, daß, hätte der A. beide als Thäter begangen, er nur wegen des ersten gestraft worden wäre, dann muß er freilich auch als Anstifter des zweiten straflos ausgehen, aber aus einem nicht hierher gehörigen Grund. — Der Fall aber, daß A. zugleich Mitthäter und Anstifter oder Gehülfe eines Verbrechens ist, gehört mir in die im Text sub b besprochene Kategorie.

354) Vgl. v. Liszt § 56 sub II. 3 S. 226.

355) Von diesem Fall handeln Heffter, Lehrb. § 88 in Note 5; Oppenhoff zu § 48 sub 11; Hälschner, Deutsches Strafr. I. (1881) S. 659 sub 2; Binding lc. S. 360, 361; v. Liszt § 48 sub IV. S. 208; § 58 sub II. 3 S. 230; H. Meyer lc. S. 281 vgl. mit S. 491 Note 26; Borchert, Strafr. Verantwortlichkeit (1888) S. 52 sub 2; Bünger a. a. O.; Olshausen zu § 73 sub 13 b β 2; sub 18 b; sub 20.

356) A. a. O. S. 360 Note 12.

Digitized by Google

verübt worden ist[357]), so sind juristisch so viele Teilnahmehandlungen wie Verbrechen begangen. Denn Derjenige, dessen Eine Anstiftung oder Beihülfe eine Bedingung sowohl für den verbrecherischen Erfolg x, als auch y, als auch z geworden ist, hat zu diesen drei Verbrechenserfolgen mitgewirkt. Es müssen also dreimal auf ihn die Bestimmungen in § 48 und § 49 R.-Str.-G.-B. zur Anwendung kommen. Und da er nach demjenigen Gesetz gestraft werden soll, welches auf die Thäterhandlung Anwendung findet, so ist, jenachdem die drei Verbrechen in Ideal- oder Realkonkurrenz stehen, auch die dreifache Mitwirkung entweder nach § 73 oder nach § 74 ff. R.-Str.-G.-B. zu bestrafen. Der Widerspruch, welchen Bünger a. a. O. S. 714 ff. insbesondere gegen den Satz erhebt, daß Eine Anstiftung zu mehreren Verbrechen als eine Mehrheit von Verbrechen des Anstifters aufzufassen sei, hat mich nicht zu überzeugen vermocht. Bünger sagt:

> „Es ist unzulässig, aus dem akzessorischen Charakter, den die Anstiftung zweifellos im positiven Rechte hat, Folgerungen zu ziehen, die mit psychologischen Thatsachen im Widerspruch stehen, und zu deren Ziehung, wie der im § 73 a. a. O. aufgestellte Grundsatz beweist, der Gesetzgeber selbst nicht bereit gewesen wäre, wenn er an die Möglichkeit einer solchen Konsequenz gedacht hätte".

Die „psychologische Thatsache", mit der wir uns im Widerspruch befinden sollen, ist Bünger's Willenstheorie, ist seine Nichtanerkennung eines dem Handeln voraufgehenden freien Wollens, „welches sich des Handelns nur als Mittlers zur Erreichung seiner verschiedenen „gewollten" Erfolge bedient." Daß es vom gegnerischen Standpunkt aus, wie ich ihn einnehme (s. oben auf S. 116 ff.) und inzwischen (Krit. Vierteljahrsschr. XXXI. S. 539 ff. bez. 544 ff.) direkt gegen Bünger zu rechtfertigen versucht habe, durchaus konsequent ist, bei der Anstiftung zu mehreren Verbrechen so viele Verbrechen des Anstifters anzunehmen, „als Erfolge den Gegenstand seiner — dann ganz verschiedenen — Wollungen gebildet haben", räumt Bünger lc. S. 714, 715 selbst ein. Aber er bewundert zunächst den „Mut der Konsequenz", mit welchem man sich hinwegsetze über „die Unbilligkeit, welche darin liegt, daß der Thäter, welcher durch ein Handeln die verschiedensten Deliktsarten begeht, nur eine Strafe leiden soll, während der Anstifter, der durch ein Handeln

---

[357]) Von diesem Fall handeln: Binding a. a. O. S. 586, 587; Oppenhoff zu § 48 sub 12; H. Meyer a. a. O. S. 282 nach Note 39; v. Liszt § 51 sub V. 2 zu Note 6; § 52 sub V. 2; Olshausen zu § 73 sub 19 II. a; Borchert a. a. O. S. 51, 52 sub 1; Bünger a. a. O. S. 712 ff.

Digitized by Google

ebenfalls mehrere strafrechtlich relevante Erfolge herbeiführt, für jeden dieser Erfolge eine Strafe erhalten soll."[358]) Ich muß gestehen, daß ich diesen Vorwurf nicht recht verstehe. Vergleiche ich mit dem Thäter A., der durch Eine Handlung mehrere Delikte begangen hat, den Anstifter B., der durch Eine Anstiftung zu solch mehreren ideal konkurrierenden Verbrechen angestiftet hat, so bekommt ja nach unserer Ansicht sowohl der A. als der B. je nur Eine Strafe. Vergleiche ich aber mit demselben Thäter A. einen Anstifter B., der durch Eine Anstiftung zu mehreren real konkurrierenden Verbrechen des C. angestiftet hat, so vermag ich darin, daß A. nach § 73, B. aber, wie C., nach § 74 ff. R.-Str.-G.-B. bestraft wird, eine „augenfällige", „horrende Unbilligkeit" absolut nicht zu finden. Denn so viele Verbrechenserfolge eingetreten sind, so viele wollte der Anstifter durch sein und des Thäters Zusammenwirken hervorgebracht wissen, so viele sind auch durch seine Thätigkeit faktisch miterzeugt worden, so oftmal hat er also alle Bedingungen seiner Strafbarkeit, wie wir sie oben in § 58 erörtert haben, gesetzt.

Wenn aber endlich Bünger auf S. 716 sich auf den durch § 73 R.-Str.-G.-B. zum Ausdruck gebrachten Grundsatz beruft, „daß bei identischem Handeln trotz Mehrheit der strafrechtlich relevanten Erfolge nur einmal zu strafen sei", welcher Grundsatz auch gelten müsse für den Fall, „daß durch ein Handeln eine Anstiftung zu mehreren Verbrechen begangen wird": so liegt hierin eine petitio principii. Denn ob die Eine Anstiftung des A. zu den mehreren Verbrechen des B. ein identisches Handeln im Sinn des § 73, oder ein mehrmaliges Handeln im Sinn des § 74 darstelle, das hängt eben unserer Ansicht nach vermöge des akzessorischen Charakters ab von der seitens des Anstifters im voraus sich zu eigen gemachten Thätigkeit, welche der Thäter zur Hervorbringung der mehreren Verbrechenserfolge entfaltet hat.

[358]) Schon vor Bünger hat Binding a. a. O. S. 587 zu Note 49 hierin eine ungleiche und unbillige Behandlung des Teilnehmers dem Thäter gegenüber gefunden, gleichwohl aber dies als den zweifellosen Standpunkt des geltenden Rechts bezeichnet.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Die Judikatur des Deutschen Reichsgerichts in der Teilnahmelehre.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorbemerkungen.

§ 87.

Während die Civilsenate unseres Deutschen Reichsgerichts im Wesentlichen der v. Bar'schen Kausaltheorie huldigen, wonach die Verursachung eines Erfolges mit der Verschuldung bezüglich desselben zusammenfällt, vertreten die Strafsenate prinzipiell die v. Buri'sche Kausaltheorie, wonach — unter strenger Scheidung von Verursachung und Verschuldung — jede Bedingung eines Erfolges als Ursache desselben erscheint. Ich habe dies in meinem Rektoratsprogramm „Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht" durch die bis zum Schluß des Jahres 1884 ergangene Judikatur des Deutschen Reichsgerichts belegt. Diese Belege würden für den an gegenwärtiger Stelle erfolgten Zweck völlig genügen, weil der nämlichen Zeit, aus der sie stammen, auch die Teilnahmejudikatur des Reichsgerichts im Wesentlichen entstammt. Um nichts zu versäumen, mögen hier noch einige Urteile zitiert werden, welche beweisen, daß die Strafsenate auch bis in die neueste Zeit herein an dem v. Buri'schen Ursachenbegriff festgehalten haben.[359])

Dem Urteil des II. Str.-S. vom 16. April 1886 R. VIII. 286 **[111]** lag folgender Fall zu Grunde: A., B. und C. hatten die D. zu verschiedenen Zeiten zu einem Meineide zu bestimmen gesucht, welchen

---

[359]) Allerdings nicht ohne daß die Inkonsequenzen, auf die ich bereits in meinem Ursachenbegriff zu Note 124 und 125 aufmerksam gemacht habe, inzwischen ebenfalls eine Vermehrung erfahren hätten. Ich rechne hierher insbes. das Urteil des III. Str.-S. vom 20. Dezember 1888 E. XIX. S. 141 ff. **[164]**, wo scharf die beiden Fälle getrennt werden, daß mehrere Verwundungen, von welchen jede einzelne für den eingetretenen Erfolg bedingend war, diesen Erfolg entweder lediglich durch ihr Zusammenwirken oder aber jede schon für sich allein verursacht haben. Hier wird ganz richtig, unter treffender Heranziehung des § 227 Abs. 2 R.-Str.-G.-B. — s. meinen Ursachenbegriff Note 85 — zwischen Bedingung und Ursache des Erfolges unterschieden. Vgl. außerdem auch noch Urteil des IV. Str.-S. vom 29. Juni 1886 R. VIII. 506 **[121]** bei den Worten: „ob dieser Irrtum als .... die wirkliche Ursache der Vermögensbeschädigung des B. sich darstellen konnte, war ohne Rechtsirrtum nur dann unbedingt festzustellen, wenn der die Verurteilung des B. enthaltende Richterspruch lediglich oder doch hauptsächlich" — wirksamste Bedingung? — „auf dem durch das täuschende Verhalten der Angeklagten erregten Irrtum des Prozeßrichters beruhte".

Digitized by Google

die D. schließlich auch leistete. Es fragte sich, ob jeder der drei Einwirkenden — welche nicht „gemeinschaftlich" gehandelt haben — wegen Anstiftung gestraft werden könne. Und das R.-G. erklärt auf S. 290:

> „Wenn die [wegen Meineides] Angeklagte erst durch die Einwirkung der drei [wegen Anstiftung] Angeklagten zu dem Entschlusse gelangt ist, den Meineid zu leisten, — zu dem Entschlusse nicht gelangt wäre, wenn die Einwirkung des Einen gefehlt hätte, so ist die Thätigkeit jedes Angeklagten Motiv und Bestimmungsgrund für die Angeklagte, den Meineid zu leisten, geworden. Es hat dann jeder der Angeklagten durch Anwendung seines Mittels der Aufforderung in der D. den Entschluß, den Meineid zu leisten, hervorgerufen, sie vorsätzlich zu der von ihr begangenen strafbaren Handlung bestimmt."

Also: Jeder der eine Bedingung des Entschlusses der D. gesetzt hat, hat den Entschluß der D. verursacht.

Eine unzweideutige Verwertung der v. Buri'schen Theorie enthält ferner das Urteil des I. Str.-S. vom 19. April 1888 R. X. 307 = E. XVII. 317 **[156]**. In der Kirche zu K. war an einem Sonntag großer Lärm und sonstiger Unfug verübt und so der Gottesdienst gestört worden. Dem Pl. war nachgewiesen, daß er an dieser Störung des Gottesdienstes beteiligt gewesen sei; die andern Teilnehmer waren nicht eruiert worden. Es fragte sich, ob der Pl. für den eingetretenen Erfolg haftbar gemacht werden könne? Die Vorinstanz hatte erwogen:

> „Wenn auch die Thätigkeit eines jeden der Angeklagten an und für sich betrachtet nicht so lärmend gewesen sein sollte, daß durch sie, wenn man sie isoliert betrachtete, der Gottesdienst habe gestört werden können, so habe doch jeder Angeklagte gewußt, daß die von ihm ausgehende Wirksamkeit mit den Wirksamkeiten Anderer sich vereinigen, und daß aus der Vereinigung dieser Wirksamkeiten ein den Gottesdienst störender Lärm werde verursacht werden."

Die Vorinstanz schied also hier richtig die eine bloße Bedingung des Erfolges setzende Mitwirksamkeit des Einzelnen von dem die Ursache des Erfolges bildenden Zusammenwirken Aller. Das Reichsgericht aber glaubte[359a]) jener Erwägung nachstehende Wendung geben zu dürfen:

> „War sich aber hiernach jeder der Angeklagten bewußt, daß sich die von ihm ausgehende Thätigkeit mitwirksam für den entstehenden, den Gottesdienst störenden Lärmen erweisen werde, so hat auch jeder von ihnen diesen Lärmen verursacht."

Also: jede Mitwirksamkeit verursacht den ganzen Erfolg.

In dem Urteil endlich des I. Str.-S. vom 26. März 1888 R. X. 268 **[154]** findet sich auf S. 270 die nämliche Theorie zu dem Lehrsatz formuliert:

[359a]) Ganz im Sinne v. Buri's: oben zu Note 68 und zu Note 90.

Digitized by Google

„Der kausale Zusammenhang einer Handlung mit einem Erfolg liegt nicht bloß dann vor, wenn die Handlung die alleinige Ursache des Erfolges ist, sondern auch dann, wenn sie sich unter denjenigen Faktoren befindet, welche in ihrer Gesamtheit den Erfolg herbeigeführt haben (vgl. Entsch. des R.-G. in Strafsachen Bd. 5 S. 29 ff.)."[340])

§ 88.

Das ist direkt der v. Buri'sche Ursachenbegriff. Von diesem Ursachenbegriff aus aber mußte das Reichsgericht mit logischer Notwendigkeit — vgl. oben §§ 2, 3 — zu der subjektiven Teilnahmetheorie gelangen, so wie dieselbe im ersten Abschnitt dieser Untersuchungen — auf Seite 15 bis 75 — dargestellt worden ist.

In der That steht wie bekannt das Reichsgericht hinsichtlich der Unterscheidung der Mitthäterschaft und der Beihülfe völlig auf dem Boden der subjektiven Teilnahmetheorie.

Seine Judikatur in dieser Richtung soll im ersten Titel dieses dritten Abschnittes referiert und kritisiert werden. Wir werden zeigen, daß sie gesetzwidrig und vom Reichsgericht selbst nicht konsequent festgehalten ist.

Der zweite Titel soll den Nachweis erbringen, daß das Reichsgericht die subjektive Teilnahmetheorie von vornherein dem Gesetz gegenüber nicht zu vertreten vermochte hinsichtlich der Konstruktion der einzelnen Teilnahmeformen im Unterschied von der Thäterschaft.

Der dritte Titel endlich wird uns das Reichsgericht vollständig auf dem Boden der objektiven Teilnahmetheorie unseres geltenden Rechtes zeigen in der Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme und ihrer Konsequenzen.

Erster Titel.

Der Unterschied der Mitthäterschaft von der Beihülfe.

§ 89.

Das Urteil, welches zuerst den subjektiven Standpunkt in der Unterscheidung der Mitthäterschaft von der Beihülfe eingenommen hat, war

[340]) R. III. 546: s. meinen Ursachenbegriff Note 57.

Digitized by Google

dasjenige des III. Str.-S. vom 12. Mai 1880 R. I. 764 (= E. II. 160) **[11]**. Der Sch. hatte gemeinschaftlich mit einer andern nicht ermittelten Person, und gemäß einer vorher mit derselben getroffenen Verabredung, einen Diebstahl derart begangen, daß der Andere einstieg und wegnahm, der Sch. aber Wache hielt, den Unbekannten, als er Licht erblickte, warnte, ihm die Flucht und die Mitnahme der gestohlenen Sachen ermöglichte, und darauf die letzteren hinnahm und zur Aufbewahrung einem Dritten übergab. Die erste Instanz verurteilte den Sch. als Mitthäter. Das Reichsgericht erklärte, darin liege kein Rechtsirrtum. Denn — so heißt es S. 765 a. a. O.:

> „Das jetzt gültige Str.-G.-B. hat sich mit den Worten des § 47: „wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen", nicht, wie zuweilen (!) behauptet ist, in Beziehung auf die Beihülfe der s. g. objektiven Theorie ausschließlich (!) zuwenden wollen, welche die Grenze der Mitthäterschaft in die unmittelbare Realisierung eines Merkmals des Thatbestandes setzt und jede andere Beteiligung an der Ausführung der That dem Gebiet der Beihülfe zuweist. Die Motive lassen hierüber keinen Zweifel, da sie sich über den Gedanken des Gesetzes folgendermaßen aussprechen, ohne daß bei der Beratung eine entgegengesetzte Meinung zu Tage getreten wäre (vgl. Stenogr. Berichte Bd. III. S. 54; Bd. I. S. 226):"
>
> — folgen die Worte der Motive: vgl. oben S. 86. —
>
> S. 766: „Der Mitthäter beteiligt sich also an der That als an seiner eigenen, animo auctoris, der Gehülfe als an der eines Anderen . . . . . Der Charakter seiner Mitwirkung, welcher nach dem Gedanken des Gesetzgebers vorzugsweise über die Eigenschaft des Mitthäters oder Gehülfen entscheiden soll, wird durch das größere oder geringere Maß der äußerlichen Thätigkeit nicht bestimmt und nicht geändert."

Ausdrücklich aber als Konsequenz seiner Kausaltheorie und am prägnantesten entwickelt erscheint diese Auffassung des Reichsgerichts in einem Urteil des I. Str.-S. vom 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]**. Hier heißt es auf S. 182:

> „Nach § 47 Str.-G.-B. bedingt die gemeinschaftliche Ausführung einer strafbaren Handlung für jeden der Mitwirkenden die Bestrafung als Thäter. Objektiv genügt zur gemeinschaftlichen Ausführung, wie das Reichsgericht bereits in seinem Urteil vom 12. Mai 1880 wider Sch. angenommen hat, jede Mitwirksamkeit, ohne daß es hierbei auf ein größeres oder geringeres Maß der äußerlichen Thätigkeit ankommt. Die Mitwirksamkeit zur gemeinschaftlichen Ausführung kann sonach hinsichtlich ihrer äußeren Beschaffenheit auch diejenige eines Gehülfen sein. Da nun aber auch der Thäter, welcher andere Thäter nicht zur Seite hat, und der Gehülfe die That gemeinschaftlich ausführen, so würde zwischen ihnen und den Mitthätern eine Verschiedenheit nicht bestehen, der Gehülfe also stets

Digitized by Google

> Mitthäter sein, wenn diese Verschiedenheit aus der objektiven Beschaffenheit der gemeinschaftlich geäußerten Thätigkeit hergeleitet werden müßte. Darum kann die Verschiedenheit zwischen Hülfeleistung und Mitthäterschaft nur eine subjektive, durch die Verschiedenheit des Willens des Gehülfen und des Mitthäters begründete sein. Und zwar haben sich die Motive in dieser Richtung dahin ausgesprochen: Die Mitwirkung der Gehülfen kennzeichne sich dadurch, daß sie die That selbst als diejenige eines Dritten behandeln, zu welcher die Hülfe geleistet werde, während die Mitwirkung des Mitthäters aus der Absicht entspringe, die That als seine eigene, beziehentlich als die seiner Komplizen zu unterstützen und zur Vollendung zu bringen."

In diesen beiden Urteilen vertritt also das Reichsgericht die Ansicht, daß nach unserem geltenden Recht

A. ein Unterschied zwischen dem Mitthäter und dem Gehülfen in objektiver Beziehung, hingesehen auf ihre Thätigkeit für den Erfolg, nicht bestehe, daß man also einerseits, um Mitthäter zu sein, keine Thatbestandshandlungen zu begehen brauche, andererseits, auch wenn man Thatbestandshandlungen begangen, immer noch Gehülfe sein könne;

B. daß der Unterschied zwischen Mitthätern und Gehülfen vielmehr ein subjektiver sei, darin bestehend, daß der Mitthäter die gemeinsam begangene That als seine eigene, der Gehülfe als eine fremde wolle;

für welche beiden Sätze das Reichsgericht einmal die Behauptung geltend macht, daß jede Mitwirksamkeit für den Erfolg von gleicher Bedeutung sei, sich also auf die Theorie der Identität von Ursache und Bedingung stützt, insbesondere aber die Autorität der Motive ins Feld führt.

§ 90.

Ehe wir zur Kritik dieser beiden Sätze und ihrer Durchführung und Begründung in der Judikatur des Reichsgerichts übergehen, erscheint es geboten, auch die übrigen Aussprüche der verschiedenen Senate, in welchen jene zwei Sätze formuliert werden, zusammenzustellen. Es sind chronologisch geordnet die nachstehenden:[361])

III. 26. Januar 1881 R. II. 757 **[33]**.

> S. 758: „Die gemeinschaftliche Ausführung der That, welche nach § 47 des Str.-G.-B. als das Kriterium der Mitthäterschaft bezeichnet wird, setzt auf Seiten des Mitthäters nicht notwendig die Vornahme einer solchen Handlung voraus, wie sie der Thatbestand der betreffenden Strafthat als ein wesentliches Begriffsmerkmal erfordert, und die Anwendung des Begriffes der Mitthäterschaft auf die Thätigkeit eines

[361]) Abgesehen von den unten bei der Kritik noch gelegentlich zu erwähnenden.

Digitized by Google

Teilnehmers erscheint rechtlich nicht dadurch ausgeschlossen, daß demselben eine qualitative Mitwirkung zugefallen ist, welche, an sich betrachtet, als Beihülfe anzusehen sein würde, wenn anders diese Mitwirkung nach dem Willen der Teilnehmer dazu dienen sollte, die gemeinschaftliche Absicht aller Teilnehmer zu verwirklichen. Nicht sowohl das Maß und die Bedeutung der Mitwirkung zu der That, sondern vielmehr die Absicht, aus welcher sie entsprungen ist, bildet — wie die Motive sich ausdrücken — das wesentlich entscheidende Moment (vgl. Motive S. 64). Das R.-G. ist auch in früheren Entscheidungen bereits dieser Auffassung gefolgt. Vgl. Urteil vom 12. Mai 1880 E. II. 160."[362])

III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]**:

„Der Begriff der Mitthäterschaft fordert nicht, daß Jemand in der Weise an der Ausführung eines Vergehens sich beteiligt haben müsse, daß von ihm ein Merkmal des Thatbestandes desselben unmittelbar realisiert worden sei. Es genügt, wenn er die Realisierung der Thatbestandsmerkmale durch Andere mittelst seiner eigenen Thätigkeit unterstützte. Vorausgesetzt wird jedoch, daß er das Vergehen als seine eigene That wollte, seine Unterstützung also nicht einer fremden That galt, in welchem Fall nur eine Beihülfe zu der letzteren angenommen werden könnte."

II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]**.

S. 77: „Mitthäterschaft und Beihülfe unterscheiden sich nicht durch die Art der äußeren Thätigkeit, durch welche zur Ausführung der Strafthat mitgewirkt wird. Die Thätigkeit kann bei der Mitthäterschaft wie bei der Beihülfe auch in einer Handlung bestehen, welche die Strafthat vorbereitet . . . . . Der Unterschied beruht nur in dem subjektiven Momente, daß der Gehülfe die fremde That unterstützen, der Mitthäter die That als seine eigene will."[363])

II. 10. Juni 1884 R. VI. 416 **[90]**.[364])

S. 418: „Mitthäterschaft, Gemeinschaftlichkeit der Ausführung im Sinne des § 47 des Str.-G.-B. setzt voraus, daß jeder Thäter mit derjenigen

---

[362]) S. dasselbe oben S. 188. — Auf Grund der im Text abgedruckten Ausführung nahm das Reichsgericht in folgendem Fall Mitthäterschaft an: Die Angeklagten hatten sich — Alles infolge vorgängiger Verabredung — an das Gehöft des zu bestehlenden X. begeben. Dort stieg O. über den zu dem umschlossenen Hofraum des X. führenden verschlossenen Thorweg und nahm die auf dem Hof befindlichen Angelruten weg. Die Übrigen standen inzwischen Wache. Nach Ausführung der That haben sie die Angelruten untereinander verteilt.

[363]) Darnach wurden mehrere Personen als Mitthäter behandelt, welche zu verschiedenen Erpressungen auf Grund getroffener Verabredung so zusammengewirkt hatten, daß der Eine einen Drohartikel abfaßte; ein Zweiter das Material zu demselben beschaffte; ein Dritter dem Bedrohten den Rat erteilte, die Nichtausführung der Drohung durch Geld zu erkaufen.

[364]) H. hatte seinen Schäferhund veräußert. Derselbe war in das Eigentum des R. übergegangen, der ihn abends vor seinem Hause an einer eisernen Kette hielt. H. wollte den Hund wieder haben. Mit dem L. begab er sich daher eines Abends nach dem Gehöfte des R. L. stieg über die Mauer, löste den Hund von der Kette, stieg mit ihm über die Mauer zurück und führte ihn nach dem Dorfkrug. Dort lockte ihn

Digitized by Google

Willensrichtung handelt, welche beim Alleinthäter dessen Strafbarkeit bedingt. Wer nicht mit dieser Willensrichtung, sondern nur mit dem Vorsatz handelt, einen Anderen bei einer strafbaren That zu unterstützen, erscheint als dessen Gehülfe, mag er auch dazu sich benutzen lassen, die wichtigsten derjenigen äußeren Thathandlungen zu vollziehen, welche erforderlich sind, um das mit dem Thäter vereinbarte Vergehen zur Ausführung zu bringen. Die Strafbarkeit bestimmt sich in solchem Fall nach den milderen Bestimmungen der §§ 44, 49 des Str.-G.-B."

III. 23. Oktobter 1884 R. VI. 644 **[96]**.

S. 646: „Das Gesetz spricht im § 243 Z. 6 a. a. O. von Mitwirkung Mehrerer zu dem Diebstahle. Daß diese Mitwirkung nicht voraussetze, daß jeder Beteiligte ein Thatbestandsmerkmal des Diebstahls hervorbringe, kann einem Zweifel nicht, und um so weniger unterliegen, als nach der richtigen und vom Reichsgericht nunmehr konstant festgehaltenen Rechtsansicht nicht einmal die Mitthäterschaft im Sinne des § 47 des Str.-G.-B. die Beteiligung an einem Thatbestandsakte des Reates erfordert [vgl. E. IX. 75 und die dort zitierten Urteile], der Begriff „Mitwirkung" aber keinesfalls ein Mehreres voraussetzen kann, als der Begriff der Mitthäterschaft. Wie aber Mitthäterschaft in Handlungen, welche objektiv als Beihülfe sich kennzeichnen, ja unter Umständen in bloßen Vorbereitungshandlungen zu Tage treten kann, wenn nur diese Thätigkeit von der Absicht beherrscht ist, zur Hervorbringung der That als einer eigenen mitthätig zu sein, so kann, diese Absicht vorausgesetzt, auch thätliche Beihülfe zur Diebstahlsverübung als Mitwirkung im Sinne des § 243 Z. 6 des Str.-G.-B. in Betracht kommen."

S. 647: „Gehülfe im Sinne des § 49 ist derjenige, welcher die That eines Dritten als eine fremde befördern will. Dies trifft nicht zu bei der thätigen Mitwirkung der Bandengenossen zur Ausführung des einzelnen Diebstahls. Hier will nicht eine fremde That, sondern die That als eigene und zugleich als die der Genossen gefördert werden. Damit aber ist der Boden der Gehülfenschaft verlassen, und nimmt die Mitwirkung den Charakter der Mitthäterschaft an."

III. 1. Juli 1885 R. VII. 453 **[100]**.

S. 455: „Ob Gemeinschaftlichkeit in diesem Sinne" — des § 119 R.-Str.-G.-B. — „vorliege, ist dagegen in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über Mitthäterschaft (§ 47 Str.-G.-B.) zu beurteilen. Daher.....

S. 456: kann der Beitrag, den jeder Einzelne zu der Ausführung leistet, in der äußeren Form der Thätigkeit ein verschiedener sein, so daß namentlich selbst eine solche Mitwirkung des Einen zu dem Thun des Anderen die gemeinschaftliche Begehung darzustellen vermag, die an sich und wenn sie nicht mit dem Thäterdolus geleistet worden wäre, als bloße Beihülfe erscheinen könnte."

H. an sich. Der Hund folgte ihm aus alter Anhänglichkeit mit nach Hause. Die erste Instanz verurteilte den H. und den L. als Mitthäter. Das Reichsgericht erklärte den H. als Thäter, den L. aber, mangels jeden eigenen Interesses, als Gehülfen.

Digitized by Google

III. 18. März 1886 R. VIII. = E. XIV. 28 **[109]**.[365])

S. 190: „Nach der vom Reichsgericht im Anschlusse an die Motive zum Str.-G.-B. als die richtige anerkannten Ansicht unterscheiden sich Mitthäterschaft und Beihülfe wesentlich durch die Art des Vorsatzes, der bei dieser auf Unterstützung der That eines Anderen, bei jener auf die Ausführung der That als einer eigenen gerichtet ist. Da bei Mitthäterschaft [§ 47 das.] die Ausführung eine gemeinschaftliche sein muß, kann nur derjenige als Mitthäter betrachtet werden, der zur Ausführung durch seine Kräfte beiträgt: das Resultat der Gesamtwirkung aller Mitthäter ist also dasjenige, worauf sich der Vorsatz jedes Einzelnen als auf sein eigenes, wenngleich nicht durch seine Kräfte allein, sondern durch diese unter Benutzung der Kräfte der übrigen zu realisierendes Werk zu richten hat. Das Maß der von jedem Einzelnen aufgewandten äußerlichen Thätigkeit kann ein sehr verschiedenes sein, vorausgesetzt, daß sie zur Ausführung der That, nicht bloß zur Vorbereitung oder nach Beendigung derselben geleistet wird, und bestimmt insbesondere nicht den Unterschied von der Beihülfe; vielmehr genügt zur Mitthäterschaft ein solches Maß der Thätigkeit, welches ohne jenen dolus auctoris auch bloß die Mitwirkung eines Gehülfen sein könnte, wie umgekehrt der Gehülfe, ohne Mitthäter zu werden, selbst ein einzelnes Thatbestandsmerkmal, nur nicht die ganze That ausführen kann. [Entsch. in Strafsachen II. 160; III. 181, 183; IV. 177; IX. 3, 75]."

III. 3. Mai 1886 R. VIII. 337 **[114]**:[366])

„Ohne Grund rügt die Revision des . . . D. Verkennung des Begriffs der Mitthäterschaft im Sinne des § 47 des Str.-G.-B. Nach der thatsächlichen Auffassung der Vorinstanz ging die Absicht nicht, wie die Revision unterstellt, dahin, B. solle selbständig den geplanten Diebstahl als *seine* That ausführen und D. wolle nur als hinzutretender Gehülfe seinen Willen und seine Kräfte dem entscheidenden Willen des B. unterordnen: vielmehr beabsichtigten in voller Solidarität beide das Delikt als ihre gemeinsame That, und, was jeder von ihnen nach dem verabredeten Plane zur Ausführung der That beitrug,

S. 338: führte er sowohl für sich wie für seine Genossen aus. Daß die Ausführungshandlungen des . . . D. nicht unmittelbar am Einbruch und der Wegnahme des gestohlenen Gutes mitwirkten, ist unter solchen Voraussetzungen bedeutungslos. An der Ausführung selbst hat der Letztere immer insofern mitgewirkt, als er für die Beschaffung der Diebswerkzeuge

---

[365]) R. und S. betrieben auf Verabredung in gewinnsüchtiger Absicht das Rouletteſpiel derartig, daß S. die Bank hielt, R. aber ihm dabei mit seinen Mitteln aushalf, anwesend war und das Spiel kontrollierte. Es fragte sich, ob sie Beide als Mitthäter, oder R. nur als Gehülfe oder etwa gar nicht, aus § 284 R.-Str.-G.-B. verurteilt werden konnten?

[366]) B. und D. hatten auf Grund vorgängiger Verabredung einen Einbruchdiebstahl dergestalt ausgeführt, daß, nachdem sie die erforderlichen Diebswerkzeuge gemeinsam zurecht gemacht hatten, D. den einzigen männlichen Inwohner der zu bestehlenden Wohnung vom Hause fortgelockt und anderwärts festgehalten hat, während B. das Einbrechen und Fortschleppen des gestohlenen Gutes allein besorgte.

Digitized by Google

mitthätig geworden ist und vor allem insofern, als er die Handlungen des B. unmittelbar unterstützt hat durch Beseitigung und Fernhaltung entgegenstehender Hindernisse."

IV. 11. Mai 1886 R. VIII. 355 **[117]**:[367])

„Durch das bewußte Mitwirken bei der Veröffentlichung wird, wie anerkannt werden muß, der Verleger keineswegs in allen Fällen zum Mitthäter neben dem verantwortlichen Redakteur oder neben dem Verfasser. Geht seine Absicht nur dahin, die

S. 356: von einem Anderen gewollte Strafthat als eine fremde zu unterstützen und in ihrer Ausführung zu erleichtern, so kann er nur als Gehülfe des eigentlichen Thäters angesehen und deshalb auch nur nach Maßgabe nach § 49 des Str.-G.-B. bestraft werden. Ist dagegen der Wille des Verlegers selbständig und unabhängig von dem Willen eines Dritten auf die Verübung der Strafthat gerichtet, will er also die Beleidigung als seine eigene That, wenn auch im bewußten Zusammenwirken mit Anderen, zur Ausführnng bringen, so liegt eine gemeinschaftliche Ausführung im Sinne des § 47 des Str.-G.-B. vor, und ist darnach die Bestrafung des Verlegers als Thäter geboten."

I. 24. Juni 1886 R. VIII. 481 **[120]**.[368])

S. 482: „Auch bei der Urkundenfälschung gestattet das bewußte und gewollte Zusammenwirken mehrerer Personen zur That und der Umstand, daß der Wille jedes Beteiligten die ganze That umfaßt, Jeder von ihnen auch die Handlung des Anderen als seine eigene vorgenommen bezw. sie unterstützt haben will, die Annahme einer Mitthäterschaft, selbst dann, wenn der eine Thäter persönlich nur die Fälschung, der andere die Gebrauchshandlung vorgenommen hat."

III. 10. Januar 1887. R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]**.[369])

S. 23: „Beim vollendeten Vergehen muß . . . . . irgend ein Maß thatsächlicher Mitwirkung zu der Ausführung, wenngleich nicht notwendig durch Realisierung eines Thatbestandsmerkmals, hinzugekommen sein [scil. um Mitthäterschaft anzunehmen]. Es genügt schon die Beseitigung von Hindernissen, die Herbeischaffung von Werkzeugen zur Begehung, die nicht lediglich versprochene, sondern auch bethätigte Sorge für Abwendung befürchteter Gefahr, z. B. durch Wachestehen. Es genügt namentlich auch die intellektuelle Beeinflussung der Kräfte des unmittelbaren Thäters durch Ermunterung oder Drohung, und man darf

[367]) Der R. und der Z. waren beide wegen einer in einer periodischen Zeitschrift veröffentlichten Beleidigung als Mitthäter verurteilt worden, und zwar R. als der Verleger, Z. als der verantwortliche Redakteur jener Zeitschrift.

[368]) Es fragte sich im vorliegenden Fall, ob wegen Mitthäterschaft aus §§ 267, 268 gestraft werden könne, wenn A. in rechtswidriger Absicht und um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen Wechsel falsch angefertigt und ihn dann durch den B. einem Dritten zur Diskontierung hat präsentieren lassen?

[369]) X. hatte in Gamehl ein Pferd gestohlen, dasselbe nach Rostock gebracht und dem D. übergeben, welcher es nach Stralsund in Sicherheit brachte und verwertete. D. hatte dies dem X. schon vor der Wegnahme des Pferdes zugesagt. Er war zur Zeit des Diebstahls am Ort desselben nicht anwesend gewesen. Die erste Instanz hatte den X. und den D. als Mitthäter verurteilt auf Grund der §§ 242, 257 Abs. 3, 47 R.-Str.-G.-B.

Digitized by Google

. . . . . nicht unbedingt bestreiten, daß unter besonderen Umständen eine solche Beeinflussung auch dann zur Annahme einer Mitthäterschaft

S. 24: zu berechtigen vermöge, wenn sie nicht unmittelbar bei der Realisierung der Thatbestandsmerkmale, sondern vorher erfolgte und mit dem Thäterdolus ausgeführt wurde."

II. 27./30. November 1888. E. XVIII. 273 **[162]**.

S. 282: „Wie das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen

Entsch. des R.-G. in Straff. II. 160 — III. 181— IV. 177 — IX. 3. 75 — XIV. 18 — XV. 295.[370])

dargelegt hat, unterscheiden sich Mitthäterschäft und Beihülfe nicht durch die Gestaltung der äußeren Thätigkeit, welche bei Ausführung der That entfaltet wird, sondern grundsätzlich nach dem Inhalte des Willens; der Mitthäter muß die That als eigene, der Gehülfe Förderung der That als einer fremden gewollt haben."

Ich wende mich nun zur Kritik dieser Judikatur des Reichsgerichts und zwar zunächst zur

A. Kritik der Leugnung eines objektiven Unterschiedes zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe seitens des Reichsgerichts.

Erstes Kapitel.

Die Leugnung ist unverträglich mit dem Wortlaut des Gesetzes.

1. „Ausführen" kann nicht bedeuten jede auf die Ausführung gerichtete Thätigkeit.

§ 91.

Das positive Recht erklärt für Mitthäter Die, welche eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, und für Gehülfen Die, welche dem Thäter zur Begehung des Verbrechens Hülfe leisten. Es unterscheidet also jedenfalls seinem Wortlaute nach zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe objektiv, je nach der für das Verbrechen aufgewendeten Thätigkeit der einzelnen Teilnehmer. Im zweiten Abschnitt dieser Abhandlung ist versucht worden, den Sinn der Worte unseres Gesetzes „gemeinschaftlich ausführen" und „Hülfeleisten" genau festzustellen (s. oben auf S. 95 ff., S. 111 ff.). Wie findet sich nun das deutsche Reichsgericht, indem es eine objektive Verschiedenheit zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe leugnet, mit jenen Worten des Gesetzes ab?

Zunächst sehr einfach: es faßt das „ausführen" im § 47 R.-Str.-G.-B. nicht im technischen Sinne, wie er von uns a. a. O. festgestellt wurde, also im Sinne der Thatbestandshandlung, sondern in dem vul-

[370]) „XIV. 18" ist verdruckt statt „XIV. 28"; s. oben zu Note 365.

Digitized by Google

gären Sinne auf, wonach „eine strafbare Handlung ausführen“ gleichbedeutend ist mit „eine strafbare Handlung begehen, verüben“; d. h. irgend etwas zum Verbrechenserfolg beitragen (vgl. oben Note 128). So definiert das Reichsgericht die Ausführung einmal gelegentlich in einem Urteil des III. Str.-S. vom 26. April 1883 R. V. 287 **[71]** auf S. 291 mit den Worten:

> „Das äußere aus dem Vorsatze entspringende, zur Realisierung desselben vorgenommene Handeln, also Ausführung der That.“

Und darnach verlangt es in einer ganzen Reihe von Erkenntnissen für die Mitthäterschaft nicht eine Ausführungshandlung in dem strengen Sinne einer Thatbestandshandlung, sondern in dem Sinne einer jeden auf die Ausführung gerichteten Thätigkeit.

Vgl. III. 9. Oktober 1880. R. II. 308 = E. III. 7 **[18]** vv. S. 310: „ein gemeinsames Zusammenwirken zur Ausführung der That“.

I. 17. Januar 1881. E. III. 269 **[30]**. S. 273: „eine auf die Ausführung des gemeinschaftlichen Vergehens gerichtete, positive Thätigkeit der einzelnen Angeklagten“ scil. genügt zur Verurteilung der letzteren als Mitthäter.

I. 17. Januar 1881. E. III. 273 **[31]**. S. 277: ganz ebenso.

II. 17. Mai 1881. R. III. 309 = E. IV. 177 **[38]**. S. 310: „Nach § 47 des Str.-G.-B. wird, wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, Jeder als Thäter bestraft. Hiernach bedarf es zur Mitthäterschaft einer Thätigkeit eines Jeden, welche auf die Ausführung der strafbaren Handlung gerichtet ist, mag dieselbe auch nicht die Realisierung eines Thatbestandsmerkmals zum Inhalte und Gegenstande haben.“

III. 17. Dezember 1881. E. V. 306 **[51]**. S. 307: „die Mitthäterschaft in ihrer rechtlichen Bedeutung, also das bewußte und gewollte Zusammenwirken der Thäter für die Ausführung“.

III. 7. Mai 1883. R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]**. S. 336: „Für Mitthäterschaft würde es dabei noch immer an dem notwendigen Merkmale einer gemeinschaftlichen Ausführung fehlen, welches jedenfalls irgend eine Thätigkeit zum Zwecke der Ausführung bei jedem Mitthäter voraussetzt. Der Mitthäter braucht zwar keineswegs sich bei der Realisierung jedes einzelnen Thatbestandsmerkmals bethätigt zu haben, denn er haftet auch für denjenigen Teil der Ausführung, den die übrigen Mitthäter durch ihre Thätigkeit bewirken, jedoch dies nur unter der Bedingung, wenn er seinerseits nicht völlig unthätig geblieben ist.“

III. 21. Januar 1886. R. VIII. 80 **[106]**. S. 81: „denn es steht rechtlich fest, daß zu solcher Annahme [scil. der Mitthäterschaft] nicht notwendig die eigene Vornahme aller gesetzlichen Thatbestandshandlungen von seiten aller als Mitthäter beurteilten Angeklagten gehört, sobald nur darüber kein Zweifel besteht, daß von Allen eine auf Herbeiführung der Gesetzesverletzung gerichtete äußerlich erkennbare Bethätigung vorgenommen war.“

Digitized by Google

III. 10. Januar 1887. R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** vv. S. 23: „muß irgend ein Maß thatsächlicher Mitwirkung zu der Ausführung, wenngleich nicht notwendig durch Realisierung eines Thatbestandsmerkmals, hinzugekommen sein."

Eine auf die Ausführung gerichtete Thätigkeit entfaltet aber auch der Gehülfe. „Gemeinschaftliche Ausführung" also im Sinne des Reichsgerichts liegt vor nicht bloß wenn mehrere Mitthäter, sondern auch wenn ein Alleinthäter und sein Gehülfe zusammen ein Verbrechen begehen, und so würde ein objektiver Unterschied zwischen Mitthätern und Gehülfen nach unserem Rechte allerdings nicht bestehen.

Vgl. insbes. das Urteil I. 7. Januar 1881 **[27]** in den oben S. 188, 189 abgedruckten, besonders hervorgehobenen Worten;

und ferner das Urteil II. 16. Oktober 1883 **[82]** oben auf S. 190, wo gesagt ist, daß durch Beihülfe ebenso wie durch Mitthäterschaft zur Ausführung der Strafthat mitgewirkt wird.

§ 92.

Allein gegen diese Interpretation erheben sich sofort die gewichtigsten Bedenken.

Zunächst — und das ist auch von anderer Seite schon richtig hervorgehoben worden[371]) — können doch „Ausführung einer strafbaren Handlung", wie sie der § 47 R.-Str.-G.-B. als Thätigkeit eines jeden Mitthäters verlangt, und „eine auf die Ausführung einer strafbaren Handlung gerichtete Thätigkeit" nicht als identisch betrachtet werden. Das „ausführen" des Gesetzes für gleichbedeutend mit einem Beitragen oder Mitwirken zur Ausführung, mit einer auf die Ausführung gerichteten Thätigkeit erklären, heißt dem Gesetz eine sprachliche Unmöglichkeit imputieren.

Sodann wäre, wenn die Auslegung des Reichsgerichts richtig sein sollte, absolut nicht einzusehen, warum denn dann unser Gesetz nur das Zusammenwirken der Mitthäter ein „gemeinschaftliches ausführen" nennt, dagegen die Mitwirkung des Gehülfen ausdrücklich als Hülfeleisten zur Begehung, d. h. zur Ausführung in jenem vulgären Sinne, bezeichnet? Es wäre eine unbegreiflich schlechte Gesetzesredaktion, wenn das R.-Str.-G.-B., offenbar in der Intention in § 47, 49 die Mitthäter und die Gehülfen zu definieren und voneinander abzuheben (vgl. oben Note 128), die Mitthäter in § 47 mit einem Ausdruck charakterisierte, der geradesogut auch auf das Verhältnis von Thätern und Gehülfen paßte. Und es wäre eine Antinomie zu § 47, wenn dann im § 49 implicite wieder

[371]) Geyer, Grundriß I. S. 140 oben.

Digitized by Google

geleugnet würde, daß Thäter und Gehülfe das Verbrechen „gemeinschaftlich ausführen".

Endlich aber: Wenn das „gemeinschaftlich ausführen" wirklich nichts Anderes bedeutet, als: zu einem Verbrechen zusammenhelfen, dann würde also auch der als Anstifter oder intellektueller Gehülfe intellektuell auf den Thäter Einwirkende mit ihm zusammen das Verbrechen „ausführen" (so in der That Binding in der mehrfach zitierten Note 128). Keine Andeutung davon enthält unser Gesetz; vielmehr wie es die Thätigkeit des Gehülfen im Gegensatz zum „ausführen" des Mitthäters als ein „Hülfeleisten" bezeichnet, charakterisiert es die Thätigkeit des Anstifters, wiederum im Gegensatz zum „ausführen" des Mitthäters, als ein „bestimmen" des Thäters.

§ 93.

Hieran hat sich denn auch das Reichsgericht gestoßen. Und so wird in mehreren Urteilen verschiedener Strafsenate ganz bestimmt ausgesprochen, daß der intellektuell Einwirkende und der Thäter nicht „gemeinschaftlich ausführen".

Vgl. III. 9. Februar 1881. R. III. 28 **[34]**: „Vorausgesetzt wird ferner, damit die gemeinschaftliche Ausführung des § 47 des Str.-G.-B. vorhanden sei, daß er [der Mitthäter] überhaupt zur Ausführung der strafbaren Handlung durch seine Thätigkeit und mit dem Willen, daß der Thatbestand derselben verwirklicht werde, beitrug, und zwar durch eine solche Thätigkeit, die sich nicht auf die bloße Bestimmung des Willens eines Anderen zur Ausführung beschränkte; bei einer solchen Beschränkung der Thätigkeit auf eine bloß intellektuelle Einwirkung kann zwar von Anstiftung zur Ausführung der That, nicht aber von gemeinschaftlicher Ausführung der That gesprochen werden."

IV. 4. Januar 1887. E. XV. 178 **[125]**. S. 179: „Wenn nun auch der Revision zugegeben werden mag, daß die Thätigkeit des Anstifters eine andere Form der Beteiligung an einer Strafthat als die Ausführung ..... ist."

III. 10. Januar 1887. R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]**. S. 23: „Wenn aber der den Willen des Thäters zum Vergehen Bestärkende nichts weiter als dieses that, so läßt sich bloß darum nicht behaupten, daß er sich an der Ausführung des Vergehens beteiligt habe, welche vielmehr in solchem Fall gerade nur die Sache des Andern sein soll. Eben aus diesem Grunde mußte das Gesetz, um auch für einen derartigen Sachverhalt einen Fall strafbarer Teilnahme zu schaffen, neben die Begriffe der Thäterschaft und der Mitthäterschaft den Begriff der Beihülfe stellen, und selbst wenn Jemand durch seine Handlung weit mehr als nur die Bestärkung des schon vorhandenen

Digitized by Google

verbrecherischen Willens eines Andern bewirkte, wenn er diesen Willen des Andern seinerseits erst hervorrief, eine weitere Thätigkeit jedoch nicht entfaltete, mußte das Gesetz, um einen Fall strafbarer Teilnahme zu schaffen, neben die Begriffe der Thäterschaft und der Mitthäterschaft den Begriff der Anstiftung stellen."

Vgl. auch die scharfe Scheidung im Urteil I. 24. März 1887. E. XV. 359 **[133]** zwischen dem, der „das Verbrechen ausführt" und dem, dessen „intellektuelle Thätigkeit zu dem Behufe geäußert wird, daß das Verbrechen ausgeführt werden solle".

Damit ist also jene weite Interpretation des „gemeinschaftlich ausführen", wonach es jedes Zusammenhelfen zum Verbrechen bedeutet, zunächst für das Verhältnis zwischen Thäter und Anstifter wieder preisgegeben. Die Thätigkeit des Mitthäters zieht sich zunächst gegenüber der des Anstifters auf ein begrenzteres Gebiet zurück, wonach das „ausführen" zwar immer noch nicht identisch ist mit „Vornehmen der Thatbestandshandlung", aber doch auch nicht mit „jeder auf die Ausführung gerichteten Thätigkeit". Vielmehr wird im Gegensatz zu der „bloß intellektuellen Einwirkung" des Anstifters von dem vorhin zitierten Urteil III. 9. Februar 1881 **[34]**

„irgend eine materielle Mitwirkung zur Ausführung"

als „notwendiges Merkmal der Mitthäterschaft" gefordert.

Freilich nun steht diese Einschränkung bereits im Widerspruch zu dem Ausgangspunkt des Reichsgerichts oben in § 91. Nicht jedes Mitwirken zum Verbrechen ist nach ihr — selbst wenn es animo auctoris geschehen sollte — Ausführung und damit Mitthäterschaft. Es wird also die Existenz einer objektiven Verschiedenheit der Mitwirkung zum Verbrechen anerkannt. Hiermit wäre aber die erste Bresche in die Leugnung der objektiven Unterscheidbarkeit von Mitthäterschaft und Beihülfe gelegt. Und so erklärt es sich, wenn uns gleich hier jenes Schwanken und jene Unsicherheit begegnen, wie sie leider gerade in der Teilnahmejudikatur des Reichsgerichts so überraschend häufig zu Tage treten. In dem nämlichen Urteil des III. Str.-S. vom 9. Februar 1881 **[34]** findet sich auf S. 30 der Passus:

„Es ist möglich, daß die Anwesenheit eines Genossen am Orte der That verabredet wird, damit derselbe, ohne daß er durch äußerliche Handlungen in die Ausführung unmittelbar eingreifen soll, durch seine Anwesenheit die Andern ermutige, ihnen die Versicherung einer eventuell bereiten Unterstützung, oder eines eventuell bereiten Beistandes gegen Entdeckung oder gegen die Dazwischenkunft Dritter verschaffe, und auf diese Art die Ausführung des Verbrechens mittelbar fördere; dann kann angenommen werden, daß er die That gemeinschaftlich mit den Andern ausführe, weil er in Wirklichkeit durch den psychologischen Einfluß seiner Anwesenheit zur Aus-

Digitized by Google

führung mithilft und die Anwesenheit, das Mitgehen an den Ort der That, unter diesen Umständen zugleich einen materiellen Akt zum Zweck der Ausführung der That darstellt."

Hier ist, getreu dem Ausgangspunkt, aber entgegen den vorhin angezogenen Aussprüchen, anerkannt, daß auch der intellektuell Einwirkende mit dem Thäter zusammen gemeinschaftlich ausführe, weil und insofern auch er durch den psychologischen Einfluß zur Ausführung mithelfe. Diese Begründung deckt die Auffassung jeder intellektuellen Mitwirksamkeit als Beteiligung an der Ausführung bereits vollkommen: ihr gegenüber erscheint der angehängte weitere Grund, der die Mitthäterschaft wieder auf eine „materielle Mitwirkung zur Ausführung" zurückdrängen soll, als gänzlich überflüssig und unmotiviert. Wenn die Anwesenheit eines Genossen am Thatort deshalb eine Beteiligung an der Ausführung enthält, weil sie durch ihren intellektuellen Einfluß zur Ausführung mithilft, was kann es dann für eine rechtliche Bedeutung haben, daß sie zugleich ein materieller Akt zum Zweck der Ausführung ist?

Und so findet sich ganz ähnlich auch in dem vorhin weiter zitierten Urteil III. 10. Januar 1887 **[126]** auf S. 19 ein Passus, der zwar mit dem Ausgangspunkt in § 91 im Einklang, mit der vorhin aus diesem Urteil angezogenen Stelle aber in Widerspruch steht. Es wird hier nämlich von der Mitthäterschaft gesagt:

„Irgend eine Mitwirkung zu der Begehung muß aber stets stattgefunden haben. Es kann unter Umständen auch eine bloß intellektuelle Mitwirkung genügen, es muß dann aber thatsächlich substantiiert werden, in welcher Weise sich dieselbe als ein die Gemeinschaftlichkeit der Ausführung herstellender Faktor bewährt habe;"

und es wird auf S. 20 in Anwendung dieses allgemeinen Satzes gesagt, daß

„die Anwendbarkeit des Begriffs der Mitthäterschaft sich selbst unter der Voraussetzung noch nicht unbedingt verneinen lasse, daß Jemand durch eine vor der That dem Thäter gegebene Zusage einer mithelfenden Bethätigung zu der Verübung der That den schon vorher zur That entschlossenen Thäter nur in seinem Verbrechen bestärkt hatte."[372])

2. „Ausführen" bedeutet auch nicht jede Mitwirkung bei der Ausführung.

§ 94.

In einer Reihe von Urteilen begegnet uns nun aber noch eine weitere restriktive Interpretation des „ausführen" in § 47 R.-Str.-G.-B., ganz eigentümlicher Natur. In dem schon mehrfach zitierten Urteil des

[372]) Vgl. auch noch aus dem nämlichen Urteil den oben S. 193 abgedruckten Passus bei den Worten: „Es genügt namentlich auch die intellektuelle Beeinflussung" u. s. w.

Digitized by Google

III. Str.-S. vom 9. Februar 1881 **[34]** wird die Mitwirkung zur Ausführung, wie sie zu jeder Mitthäterschaft gehöre, noch weiter dahin präzisiert, daß es eine Mitwirkung *während der Ausführung*, im Gegensatz zu einer Mitwirkung *vor oder nach der Ausführung*, sein müsse.

> „Eine Beteiligung vor der Ausführung fällt demnach unter den Begriff der letzteren [der Mitthäterschaft] eben so wenig, als eine Beteiligung, nachdem die Ausführung bereits vollendet war; jene kann nur Beihülfe oder Anstiftung, diese nur Begünstigung, oder, wenn sie vorher versprochen war, Beihülfe sein (§ 257 Abs. 3 Str.-G.-B.)."

Demgemäß wird dann in dem Urteil des II. Str.-S. vom 17. Mai 1881 R. III. 309 = E. IV. 177 **[38]** zur Mitthäterschaft

> „ein Mitwirken *bei und zur* Ausführung der strafbaren Handlung erfordert";[373])

und ein solches für folgenden Fall geleugnet: J. hatte einem Kaufmann drei Stück Atlas durch falsche Vorspiegelungen abzuschwindeln versucht. Diesen Atlas sollte er vereinbarungsgemäß dem H. überbringen, der das Übernehmen des durch Betrug zu erlangenden Atlas im voraus zugesagt hatte.

> „In die Zeit zwischen der Erteilung dieser Zusage und dem in Aussicht gestellten Übernehmen des Atlas fällt die ganze Ausführung der That, und an der dazu erforderlichen Handlung hat sich der Angeklagte nach den festgestellten Thatsachen nicht beteiligt. Es liegt deshalb nicht ein gemeinschaftliches Ausführen der strafbaren Handlung vor, und der Angeklagte kann sich darnach, je nach der Belegenheit des Falles, nur der Anstiftung oder Beihülfe (§§ 48, 49 a. a. O.) schuldig gemacht haben."

So wird ferner im Urteil des III. Str.-S. vom 9. Oktober 1880 R. II. 308 = E. III. 7 **[18]** zur Mitthäterschaft des Hausfriedensbruches verlangt

> „das Zusammenwirken einer Mehrzahl von Personen *bei* dem Hausfriedensbruch";

so im Urteil des IV. Str.-S. vom 11. Mai 1886 R. VIII. 355 **[117]** zur Mitthäterschaft einer durch die Presse verübten Beleidigung

> „ein vorsätzliches und bewußtes Mitwirken *bei* der Veröffentlichung".

So verlangen endlich die Urteile des III. Str.-S. vom 17. Dezember 1881 E. V. 306 **[51]** und des IV. Str.-S. vom 7. Mai 1886 R. VIII. 346 = E. XIV. 119 **[115]** für die Annahme der Mitthäterschaft

> „die *unmittelbare* Beteiligung der Angeklagten *bei* der Ausführung der begangenen Körperverletzungen".[374])

---

[373]) Vgl. auch II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** vv. S. 77: „eine Mitwirkung jedes Komplizen *bei und zur* Ausführung der That".

[374]) Vgl. auch das Urteil III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** auf S. 19, wo die Mitthäterschaft geleugnet wird, weil der angebliche Mitthäter „zur thatsächlichen Ausführung des Diebstahls *unmittelbar* gar nichts beitrug, nicht einmal etwas, was als Vorbereitung betrachtet werden könnte".

Digitized by Google

§ 95.

Besonders klar tritt, was das Reichsgericht mit dieser unmittelbaren Beteiligung bei der Ausführung als Requisit der Mitthäterschaft sagen will, zu Tage in seinen gegensätzlichen Äußerungen hinsichtlich der Beihülfe.

Die N. und die M. hatten der schwangeren L. eine Person genannt, mit deren Hülfe die L. ihre Leibesfrucht abtreiben könnte, was die L. auch gethan hat. Können N. und M. wegen Beihülfe gestraft werden? Der Vorrichter hatte den Thatbestand der Beihülfe verneint,

> „weil er zu demselben eine Förderung der Ausführung oder der Vollendung des Verbrechens oder Vergehens für wesentlich erachtet, eine Förderung der Vorbereitungshandlungen ihm also nicht genügt".

Das Reichsgericht erklärte jedoch in dem Urteil des II. Str.-S. vom 5. Juli 1881 R. III. 464 **[43]** (auf S. 465):

> „Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich. Die Beihülfe ist auch strafbar, wenn sie sich nicht auf eine zum Thatbestande gehörige Handlung des Thäters bezogen, sondern auf die Herstellung der Bedingungen zur Begehung der That beschränkt hat. Dies ergiebt unzweideutig der Wortlaut des § 49 des Str.-G.-B., welcher eine Hülfe *zur* Begehung, nicht *bei* der Begehung der That fordert."

Damit übereinstimmend heißt es im Urteil des I. Str.-S. vom 8. Juli 1886 E. XIV. 318 **[123]** auf S. 319:

> „Das Wesen der Beihülfe liegt in der wissentlichen Förderung einer fremden Strafthat durch Rat oder That *vor oder bei* der Verübung."

Und expresse verteidigt das Urteil des II. Str.-S. vom 25. November 1887 R. IX. 648 = E. XVI. 350 **[146]** die Auslegung des § 49 R.-Str.-G.-B., daß die Hülfe *zur* Begehung nicht identisch sei mit Hülfe *bei* der Begehung, insbesondere

> vv. S. 649: „Nach dem allgemeinen Sprachbegriff bedeutet das „*bei* der That" das örtliche und zeitliche Zusammentreffen der Hülfeleistung mit der Thathandlung oder doch eines von beiden. Solch Zusammentreffen fordert das Gesetz nun unbedenklich nicht, denn Hülfeleistung „zur That" liegt begreiflich auch vor, wenn sie *vor* der That mit Beziehung auf dieselbe, zum Zweck derselben, in Vorbereitung derselben geleistet ist."

Daraus ergiebt sich: wenn das Reichsgericht zur Mitthäterschaft im Gegensatz zur Beihülfe eine Mitwirksamkeit für das Verbrechen bei der Ausführung desselben fordert, so will es sagen: es genügt nicht eine Mitwirksamkeit während des der Ausführung voraufgehenden Stadiums, nämlich während des Vorbereitungsstadiums; vielmehr muß die Mitwirksamkeit des Mitthäters mit der Ausführung des Verbrechens, mit der zum Thatbestand gehörigen Handlung zeitlich zusammenfallen.

Digitized by Google

Sie selbst braucht deswegen noch keine Thatbestandshandlung zu sein; sie selbst kann auch Vorbereitungs- resp. Unterstützungshandlung, wie z. B. ein Wachestehen, sein, wenn sie nur im Stadium der Ausführung, gleichzeitig mit der Thatbestandshandlung erfolgt.

Sollte auch dieser Gegensatz scharf durch verschiedene Präpositionen ausgedrückt werden, so würde die Ansicht des Reichsgerichts so zu formulieren sein: Zur Mitthäterschaft genügt nicht eine Mitwirksamkeit *zur* Ausführung; sie muß sein Mitwirksamkeit *bei* der Ausführung, wenn auch nicht notwendig Mitwirksamkeit *an* der Ausführung.[875]) Zur Beihülfe dagegen genügt schon Mitwirksamkeit *zur* Ausführung; sie muß nicht sein Mitwirksamkeit *bei* der Ausführung und noch weniger Mitwirksamkeit *an* der Ausführung.

§ 96.

Sofort nun konstatieren wir der referierten Judikatur gegenüber einstweilen Folgendes:

Zunächst unterscheiden sich nach ihr Mitthäterschaft und Beihülfe eben doch *objektiv*, „durch die Gestaltung der äußeren Thätigkeit", trotzdem das Reichsgesetz in den oben §§ 89, 90 zitierten Urteilen jede objektive Unterscheidung abgelehnt und behauptet hat, der Unterschied könne nur ein subjektiver sein. Die offensichtlich objektive Unterscheidung des

---

[875]) Vgl. das oben im § 44 über die neueste Ansicht *Olshausen's* Referierte. So sagt denn wirklich auch das Reichsgericht z. B. im Urteil III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]**: „Der Begriff der Mitthäterschaft fordert nicht, daß Jemand in der Weise *an* der Ausführung eines Vergehens sich beteiligt haben müsse, daß von ihm ein Merkmal des Thatbestandes desselben unmittelbar realisiert worden sei;" oder II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** vv.: „Ebensowenig bedurfte es daher, soweit Mitthäterschaft am Versuche in Frage stand, einer Feststellung, daß sich jeder der Thäter *an* Handlungen beteiligt oder Handlungen vorgenommen habe, welche sich als Ausführungshandlungen . . . . . charakterisieren;" oder endlich III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]**, wonach Mitthäterschaft „keineswegs eine Beteiligung *an* der Realisierung der Thatbestandsmerkmale vorausgesetzt". Aber freilich das Reichsgericht hält an seinen Terminis nicht fest. Es verlangt in anderen Urteilen doch wieder eine Beteiligung des Mitthäters *an* der Ausführung. Man vgl. z. B. III. 3. Mai 1886 **[114]** in den oben S. 192 (aus R. VIII. 338) abgedruckten Worten; oder IV. 7. Mai 1886 R. VIII. 346 = E. XIV. 119 **[115]**, wo vom Mitthäter (in abstracto, nicht etwa vom Mitthäter des konkreten Falles) gesagt wird: „vermöge seiner unmittelbaren Beteiligung *an* der Ausführung der That wird er für den Gesamterfolg verantwortlich". In andern Urteilen werden zur Abwechslung wieder andere Präpositionen verwendet: im Urteil III. 17. Dezember 1881 E. V. 306 **[51]** lesen wir: die „Mitthäterschaft in ihrer rechtlichen Bedeutung, also das bewußte und gewollte Zusammenwirken der Thäter *für* die Ausführung"; im Urteil III. 1. Oktober 1883 R. V. 561 = E. IX. 109 **[81]** heißt es auf S. 562 unten von den Mitthätern, daß sie „*in* der Ausführung derartig gemeinsam thätig werden, daß jeder die That als seine eigene will", und endlich im Urteil III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** wird zur Annahme einer Mitthäterschaft des X. verlangt, daß er „sich zu irgend einer Zeit *während der Ausführung der That* in solcher Weise, die ihn als einen Mitthäter kennzeichnet, verhalten" habe!

Digitized by Google

Gesetzes hat eben das Reichsgericht ganz unvermerkt von diesem seinem subjektiven Standpunkt abgedrängt. Wie es (in § 93) den Mitthäter und den Anstifter je nach ihrer materiell mitwirkenden oder nur intellektuell einwirkenden Thätigkeit unterscheidet, so (in §§ 94, 95) den Mitthäter und den Gehülfen je nach ihrer Mitwirkung bei oder zu der Ausführung: beides rein objektive Kriterien. Freilich hält das Reichsgericht in letzterer Beziehung zunächst noch daran fest, daß der objektive Unterschied, den es statuiert, kein materieller, hingesehen auf die verschiedene Wirksamkeit für den Erfolg, sondern ein rein formaler sei, ein Unterschied hinsichtlich der Zeit der Vornahme der betreffenden Thätigkeit, ein Unterschied nach den Stadien, welche die Ausführung im weiteren Sinne, oder die Begehung des Verbrechens, durchläuft. Hierauf werden wir im zweiten Kapitel zurückkommen (vgl. unten § 100).

Weiter aber: indem es diese Stadien kennzeichnet als das Stadium der Ausführungshandlungen (im engeren Sinne) einerseits, und als das Stadium der Vorbereitungshandlungen andererseits, und indem es die Ausführungshandlungen dabei identifiziert mit den Thatbestandshandlungen, anerkennt es die Existenz dieser beiden Gruppen von Handlungen als objektiv verschiedener für die Lehre von der Teilnahme.[376]) Nur leugnet es, daß der Mitthäter die Ausführungshandlungen selbst vornehmen müsse; er habe vielmehr nur mitzuwirken bei der Ausführung, im Gegensatz zum Gehülfen, der auch bei der Vorbereitung mitwirken könne.[377])

---

[376]) Vgl. außer den im vorigen Paragraphen schon zitierten Urteilen auch noch die Gegenüberstellung im Urteil III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]**, wo es von der Mitthäterschaft heißt: „Das Maß der von jedem Einzelnen aufgewandten äußerlichen Thätigkeit kann ein sehr verschiedenes sein, vorausgesetzt, daß sie zur Ausführung der That, nicht bloß zur Vorbereitung oder nach Beendigung derselben geleistet wird".

[377]) Übrigens hält das Reichsgericht auch an dieser Unterscheidung der Mitwirksamkeit des Mitthäters und des Gehülfen durchaus nicht konsequent fest. Zunächst heißt es in dem Urteil des III. Str.-S. vom 26. Januar 1881 R. II. 757 **[33]** auf S. 759 direkt: „Der Vorderrichter hat also nicht rechtlich geirrt, wenn er die Thätigkeit des Beschwerdeführers, wenn gleich derselbe bei der unmittelbaren Ausführung der That sich nicht beteiligt hat, als die Mitthäterschaft begründend angesehen hat". Ebenso wird in dem Urteil III. 10. Januar 1887 **[126]** an der bereits oben S. 194 referierten Stelle direkt gesagt, daß eine „intellektuelle Beeinflussung der Kräfte des unmittelbaren Thäters durch Ermunterung oder Drohung unter besonderen Umständen auch dann zur Annahme einer Mitthäterschaft zu berechtigen vermöge, wenn sie nicht unmittelbar bei der Realisierung der Thatbestandsmerkmale, sondern vorher erfolgte". Endlich aber werden umgekehrt in dem Urteil II. 27./30. November 1888 E. XVIII. 273 **[162]** auf S. 282 sowohl die Beihülfe als die Mitthäterschaft als eine „bei Ausführung der That entfaltete Thätigkeit" charakterisiert. Offenbar schwebte hier dem Reichsgericht wieder der nicht technische Begriff der Ausführung als jeder auf die Begehung des Verbrechens gerichteten Thätigkeit vor.

Digitized by Google

Allein wie — so sind wir wohl berechtigt zu fragen — ist dies vereinbar mit den Worten des § 47 R.-Str.-G.-B., wonach die Mitthäter „gemeinschaftlich ausführen", also doch selbst Ausführungshandlungen begehen sollen?! Ist es denn nicht völlig willkürlich, nachdem das Reichsgericht selbst zugiebt, daß Ausführungshandlung im technischen Sinne die Thatbestandshandlung im Gegensatz zur Vorbereitungshandlung sei, das „gemeinschaftlich ausführen" des § 47 cit. nicht im technischen Sinne verstehen zu wollen?!

Zweites Kapitel.

Die Leugnung entspricht auch nicht dem Sinn des Gesetzes.

§ 97.

Ich glaube nicht, daß die Art und Weise, wie das Reichsgericht in seiner bis hierher referierten Judikatur sich mit den Worten des Gesetzes abgefunden hat, von der Richtigkeit seiner positiven Auslegungsresultate hinsichtlich des „gemeinschaftlich ausführen" zu überzeugen vermag. Seine negative Behauptung, daß ein objektiver Unterschied in der Thätigkeit des Mitthäters und des Gehülfen nicht begründet sei [oben §§ 89, 90], könnte gleichwohl dem Sinne des Gesetzes entsprechen. Und sie würde das, wenn nach dem Gesetze einerseits jede Teilnahmehandlung eine Bedingung für den Erfolg setzen müßte, andererseits jede Bedingung eines Erfolges der andern gleichwertig, jede Bedingung also zugleich Ursache des Erfolges wäre. Dann wäre der Schluß unvermeidlich (s. oben S. 7 ff.): folglich ist auch jede Teilnahmehandlung der andern in ihrer Bedeutung für den verbrecherischen Erfolg gleich, und ein objektiver Unterschied in der Mitwirksamkeit für ein Verbrechen existiert nicht. Wie verhält es sich nun mit den beiden Prämissen dieses Schlusses?

§ 98.

Die erste ist allerdings im Gesetz begründet, wie im zweiten Abschnitt dieser Untersuchungen nachgewiesen wurde (vgl. oben § 50). Das Reichsgericht selbst aber giebt sie preis. Es kann sich eine Teilnahme an einem Verbrechen denken, welche zum verbrecherischen Erfolg selbst gar nichts beigetragen hat. Wir beweisen dies aus seiner Judikatur zu § 49 R.-Str.-G.-B.

Freilich stoßen wir dabei sofort wieder auf ein bedenkliches Schwanken: in einer Anzahl von Entscheidungen wird ebenso bestimmt die Kausalität

Digitized by Google

der Beihülfe für den Verbrechenserfolg gefordert, wie ihre Notwendigkeit in einer Anzahl anderer geleugnet wird.

Der II. und der III. Str.-S. verlangen konstant Kausalität der Beihülfe.

Der II. Str.-S. spricht im Urteil vom 5. Juli 1881 R. III. 464 **[43]** von der „Herstellung der Bedingungen zur Begehung der That", welche durch die Beihülfe erfolgt und letztere als strafbar erscheinen läßt, auch wenn sie eine „wesentliche"[378]) Hülfe nicht gewesen ist; und erklärt in dem Urteil vom 1. April 1887 R. IX. 218 = E. XV. 396 **[135]** auf S. 220 ganz richtig,[379]) daß die Begünstigung gerade deswegen

> „von der Verbindung mit der Teilnahme losgelöst und als ein selbständiges Vergehen behandelt [ist], weil sie als der vollendeten That nachfolgend diese selbst weder verursacht noch ihren Thatbestand sonst beeinflußt".

Und der III. Str.-S. stellt zunächst im Urteil vom 29. Oktober 1881 R. III. 667 = V. 141 **[48]** für die Beihülfe das subjektive Erfordernis auf, daß der Gehülfe

> „von dem Bewußtsein geleitet sei, er werde durch sein Thun eine Bedingung der . . . strafbaren That setzen",

worin doch, sobald man den Dolus des Gehülfen nicht auf Irrtum fundieren will, liegt, daß sein Thun auch wirklich eine Bedingung des Verbrechens setzen muß.[380]) Der III. Str.-S. verlangt dies aber auch direkt in zwei Urteilen, welche beide auf die Frage sich beziehen, ob in der Mitwirkung bei einem Ehrengericht, das die näheren Modalitäten eines beabsichtigten Duells bestimmen soll, Beihülfe zum Zweikampf gefunden werden könne. Diese Frage wurde in dem Urteil vom 18. Januar 1886 R. VIII. 63 = XIII. 265 **[105]** mit der Motivierung bejaht:

> „Zunächst ist es allerdings . . . . für den Begriff wissentlicher Beihülfe völlig bedeutungslos, hypothetisch zu erörtern, ob die Ausführung der That nicht auch ohne die fragliche Hülfeleistung erfolgt wäre, und inwieweit die letztere gerade eine notwendige Vorbedingung der That bildete. Es genügt, daß thatsächlich die bewußte Mitwirkung des Gehülfen psychisch oder physisch eines derjenigen Elemente abgegeben hat, aus denen sich die That so, wie sie konkret ausgeführt worden ist, nach der objektiven und subjektiven Seite hin zusammensetzt."[381])

---

[378]) Vgl. dazu oben S. 18.
[379]) Vgl. dazu oben S. 20, 21 zu Note 40.
[380]) Vgl. zu Note 385.
[381]) Vgl. den nämlichen Gedankengang in einer hier einschlägigen civilrechtlichen Entscheidung des Reichsgerichts. In dem Urteil des III. Civ.-S. vom 23. März 1886 [Jurist. W.-Schr. 1886 Nr. 18, 19 S. 153] heißt es: „Jeder Teilnehmer an einer schadenbringenden Handlung haftet civilrechtlich für den dadurch verursachten Schaden, wenn er die Folgen seiner Teilnahme voraussehen mußte oder konnte. Dar-

Digitized by Google

In dem Urteil aber vom 25. April 1887 R. IX. 285 **[137]**, wo speziell die Strafbarkeit des Protokollführers des Ehrengerichts wegen Beihülfe in Frage steht, wird auch diese bejaht, weil festgestellt sei,

> „daß auch der Beschwerdeführer eine objektiv die fremde Hauptthat fördernde Thätigkeit entwickelt hat",

und weil es genügt,

> „daß er nur überhaupt, wenn auch in untergeordneter Weise bewußt bei dem Zustandekommen des für den Willen der Thäter zur Ausführung des Zweikampfes ..... bestimmenden Beschlusses mitgewirkt und damit seinerseits ebenfalls eine der Bedingungen gesetzt hat, welche zu der nachmaligen Ausführung der .... That geführt haben."

Auch lassen sich noch die Urteile vom 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]**

> [vv. S. 412: „Auch läßt sich nicht unbedingt behaupten" u. s. w.]

und vom 7. Mai 1888 E. XVII. 384 **[157]**

> [vv. S. 386: „Nach alledem läßt sich eine strafbare Beihülfe" u. s. w.]

für die nämliche Rechtsansicht des III. Str.-S. anführen.

Der I. und der IV. Str.-S. dagegen schwanken in unserer Frage hin und her.

Der I. Str.-S. hat zuerst — abgesehen von dem Urteil vom 23. September 1880 R. II. 243 = E. II. 261 **[17]**, wo die Frage zwar in der Revision aufgeworfen wurde, aber nicht entschieden zu werden brauchte — in dem Urteil vom 20. April 1882 R. IV. 363 = E. VI. 169 **[58]** sich ganz entschieden gegen das Erfordernis der Kausalität der Beihülfe ausgesprochen: Schr. hatte dem J. einen falschen Schlüssel zum Zweck eines Diebstahls mitgegeben. J. versuchte mit demselben vergeblich die Öffnung des Schlosses und bediente sich dann dazu eines anderen Werkzeuges. Konnte Schr. wegen Beihülfe gestraft werden? Das Reichsgericht bejahte. Denn:

> „für den Thatbestand der Beihülfe reicht es hin, wenn die That selbst .... verübt und dem Thäter zur Begehung[382]) der Strafthat durch Rat oder That Hülfe geleistet worden ist, auch wenn die geleistete Hülfe für den Erfolg ohne Einfluß geblieben; wie ja auch, wenn die That selbst nur beim Versuche stehen geblieben, die zur Begehung geleistete Hülfe strafbar erscheint. Daß das zur Begehung hingegebene und versuchsweise angewendete Mittel nicht zum Ziele führen konnte,

---

auf, ob diese Teilnahme als Mitthäterschaft oder als Beihülfe zu charakterisieren ist, kommt ebensowenig etwas an, wie darauf, ob möglicherweise auch ohne die Mitwirkung des Teilnehmers die That des Urhebers das nämliche oder ein ähnliches Ergebnis herbeigeführt haben würde, sobald nur der ursachliche Zusammenhang zwischen der Teilnahme und dem eingetretenen Erfolge feststeht".

[382]) Also die subjektive Auslegung des „zur Begehung": s. oben S. 115.

Digitized by Google

schließt, wie nicht die Möglichkeit eines Versuchs, auch nicht die einer strafbaren Beihülfe aus".[383])

In dem Urteil dagegen vom 10. Mai 1883 R. V. 350 = E. VIII. 267 **[76]** hat sich das Reichsgericht ebenso entschieden für die Notwendigkeit der Kausalität der Beihülfe ausgesprochen. L. hatte dem K. sein blaues Staubhemd geliehen, damit der letztere, welcher, wie L. wußte, den P. mißhandeln wollte, sich unkenntlich machen könne. K. zog es über seine städtische Kleidung an, lauerte dem P. auf und mißhandelte ihn. Die Revision beschwerte sich über die Verurteilung des L. wegen Beihülfe, weil in dem Hinleihen des Staubhemdes keine die Körperverletzung fördernde Thätigkeit zu erblicken, die Mißhandlung des P. durch K. vielmehr gewiß in keiner Weise anders vollzogen worden wäre, wenn dieser statt des Staubhemdes seine gewöhnliche Kleidung getragen hätte. Das Reichsgericht erklärte die Revision für unbegründet:

> „Eine solche Förderung oder Erleichterung der That [scil. wie sie die Beihülfe enthalten muß] bedingt aber weder, daß die Beihülfe sich auf eine zum Thatbestande des Reates selbst gehörige Handlung des Thäters beziehen . . . . ., noch daß die Beihülfe eine so wesentlich wirksame sein muß, daß ohne dieselbe der Thäter die Hauptthat nicht hätte begehen können; es können vielmehr auch außerhalb des Rahmens der unmittelbaren verbrecherischen Thätigkeit liegende, namentlich bloße Vorbereitungshandlungen als Beihülfe zur That jedenfalls dann erscheinen, wenn sie nur in irgend einer Weise für Verübung der That förderlich gewesen sind, was insbesondere auch dann der Fall ist, wenn die Handlung des Gehülfen den Entschluß des Thäters bestärkt und hierdurch die Verübung der That gefördert hat."[384])

Und mit der hier zu unserer Frage geäußerten Rechtsansicht dürften auch die übrigen einschlägigen Urteile des I. Str.-S. übereinstimmen. So das Urteil vom 5. Dezember 1883 E. X. 8 **[85]**, wo für den objektiven Thatbestand der Beihülfe verlangt wird:

> „daß eine Handlung eines anderen durch eine an sich wissentlich vorgenommene Handlung eine Förderung erfahren habe",

das Urteil vom 8. Juli 1886 E. XIV. 318 **[123]** in den oben S. 201 abgedruckten Worten und in den weiteren Worten auf S. 319:

> „die im voraus zugesagte Begünstigung" u. s. w.;

das Urteil vom 28. März 1887 E. XVI. 25 **[134]**, wo auf S. 27 zunächst in subjektiver Beziehung der Satz aufgestellt wird:

> „Der Gehülfe muß . . . . . mit dem Bewußtsein handeln, die Ausführung in ihrem wesentlichen Thatbestande durch die eigene Thätigkeit in irgend einer Richtung zu fördern"[385])

[383]) Vgl. hiergegen Geyer, Grundr. § 40 sub 4 S. 140.
[384]) Vgl. dazu oben S. 19 zu Note 35.
[385]) Vgl. zu Note 380.

Digitized by Google

und weiter unten in objektiver Beziehung vom Gehülfen gefordert wird, daß er

> „durch die Art seiner Thätigkeit eine Bedingung des Erfolges selbst . . setzt".

Endlich der IV. Str.-S. erklärt zwar in seinem Urteil vom 21. Oktober 1884 R. VI. 643 = E. XI. 153 **[95 a]**, das Wesen der Beihülfe liege darin, Mittel und Mitursache einer fremden That zu sein; und damit stimmt die Äußerung in seinem Urteil vom 1. November 1887 R. IX. 549 = E. XVI. 277 **[141]**, der Begriff der Beihülfe erfordere ein

> „wissentliches Fördern der äußeren Handlung des Thäters".

Allein in den beiden Urteilen, in welchen er sich ausführlicher zu unserer Frage äußert, leugnet er die Notwendigkeit der Kausalität der Beihülfe. Zunächst in dem Urteil vom 22. Februar 1887 R. IX. 149 **[131]**. Hier wird gesagt, es bedürfe zur Beihülfe

> „keines so wesentlich mitwirkenden Handelns, daß ohne dasselbe die Hauptthat nicht begangen werden kann. Im Gegenteil wird der Thatbestand der Beihülfe sogar nicht einmal dadurch beseitigt, daß die geleistete Hülfe für den mit derselben beabsichtigten und thatsächlich eingetretenen Erfolg erwiesenermaßen ohne Einfluß gewesen ist".

Und demgemäß wird die Beihülfe, unter Berufung auf die Judikatur des I. Str.-S., rein subjektiv definiert:

> „Der Begriff der Beihülfe erfordert keineswegs, wie die Revision meint, eine unmittelbare Einwirkung auf die Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges. Vielmehr genügt dazu, wie auch schon in dem Band VIII. S. 267 der Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen mitgeteilten Urteil[386]) ausgeführt, jede Thätigkeit, mittels welcher eine Förderung oder Erleichterung der Hauptthat bezweckt wird."[387])

Im Einklang damit befindet sich aber auch das Urteil vom 13. Dezember 1887 R. IX. 724 **[149]**, wenn es hier heißt:

> „Indessen ist, da die Beihülfe sich nach § 49 des Str.-G.-B. als wesentliche Beförderung eines von einem Anderen begangenen Vergehens charakterisiert, und es zur Erfüllung des Thatbestandes derselben nicht erforderlich ist, daß die geleistete Hülfe zum Eintritt des Erfolges von Einfluß gewesen ist[388]) [vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. VI. S. 169],[389]) der Versuch einer solchen ausgeschlossen."

So ist also wie gesagt die erste Prämisse des zur subjektiven

---

[386]) S. auf der vorigen Seite **[76]**.

[387]) Freilich wird auch in dem Urteil des I. Str.-S. vom 10. Mai 1883 **[76]**, trotzdem es Kausalität der Beihülfe für den Erfolg verlangt, gesagt: „Unter den Begriff der Beihülfe fällt jede Thätigkeit, welche dahin zielt, die Ausführung der Hauptthat zu fördern."

[388]) Und doch soll sie eine Beförderung des begonnenen Verbrechens sein?!

[389]) Es ist das oben S. 206 referierte Urteil des I. Str.-S. vom 20. April 1882 **[58]**.

Digitized by Google

Teilnahmetheorie drängenden Schlusses vom Reichsgericht selbst preisgegeben und schon damit nachgewiesen, daß das Reichsgericht zu jener Teilnahmetheorie nicht berechtigt ist.

§ 99.

Die zweite Prämisse aber, die v. Buri'sche Kausaltheorie, die Identifizierung von Ursache und Bedingung, wird zwar, wie oben in § 87 gezeigt, vom Reichsgericht prinzipiell, wenn auch abermals nicht ohne Inkonsequenz, vertreten. Allein die Kausaltheorie, welche jede Bedingung eines Erfolges als der andern gleichwertig und als Ursache des Erfolges betrachtet, befindet sich, wie oben in § 31 gezeigt wurde, und wie v. Buri selbst unumwunden eingeräumt hat (ebenda S. 80 zu Note 98) im Widerspruch zum positiven Recht. Damit ist also der Schluß: zwischen der Mitthäterschaft und der Beihülfe kann objektiv nicht unterschieden werden, auch seiner gesetzlichen Grundlage beraubt und fällt in sich zusammen. Und den §§ 47, 49 R.-Str.-G.-B. kann also auf Grund dieses Schlusses nicht der Sinn untergeschoben werden, mit dem auch ihre Worte kaum verträglich wären: daß sie die objektive Teilnahmetheorie verleugnen.

Aber mehr noch. Wir behaupten nicht nur, daß das positive Recht mit der Identifizierung von Ursache und Bedingung unvereinbar ist, sondern daß das Reichsgericht selbst gerade in der Lehre von der Teilnahme an der Gleichartigkeit der Bedingungen des Verbrechenserfolges nicht festhält, vielmehr Bedingung und Ursache unterscheidet, also auch die zweite Prämisse einer Auslegung der §§ 47, 49 R.-Str.-G.-B. im Sinne der subjektiven Theorie preisgiebt.

§ 100.

Schon oben in § 94 ff. hat sich gezeigt, daß das Reichsgericht innerhalb der zur Begehung eines Verbrechens vorgenommenen Handlungen (Ausführung im weiteren, nicht-technischen Sinn) Ausführungshandlungen im engeren Sinn und Vorbereitungshandlungen auseinanderhält.[390])

[390]) Vgl. zur Terminologie des Reichsgerichts insbesondere noch II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** vv. S. 77: „Handlungen, welche sich als Ausführungshandlungen — dieses Wort im Gegensatze zu Vorbereitungshandlungen verstanden — charakterisieren"; III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** vv. S. 18: „wenngleich seine äußere Thätigkeit sich nicht auf den Kreis der engeren Ausführungshandlungen erstreckt".

Digitized by Google

Es denkt sich die Begehung des Verbrechens als ein in Stadien zerlegbares Vorwärtsschreiten von der ersten Bethätigung des Verbrechensentschlusses an bis zur Erzeugung des Verbrechenserfolges. Das erste Stadium ist das der Vorbereitungshandlungen, das zweite das der Ausführungshandlungen im engeren Sinne. Nur eine Mitwirksamkeit in letzterem Stadium kann sich als Mitthäterschaft qualifizieren, während Beihülfe während der ganzen Verübung des Verbrechens geleistet werden kann.

Wir behaupten, daß diese Unterscheidung, die an sich eine rein formale, nach der Zeit der Vornahme der betreffenden Thätigkeit charakterisierte, sein soll, in der Judikatur des Reichsgerichts unvermerkt zu einer materiellen, nach der Bedeutung der betreffenden Thätigkeit für den Erfolg sich charakterisierenden, wird.

Zunächst verläßt das Reichsgericht jene rein formale Scheidung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen je nach der Zeit ihrer Vornahme bereits in allen jenen Urteilen, wo es erklärt, daß die Mitthäterschaft nicht notwendig Beteiligung an der Ausführungshandlung sei, sondern auch durch Vorbereitungshandlungen geschehen könne. Als ein solches Urteil haben wir schon kennen gelernt das des III. Str.-S. vom 10. Januar 1887 **[126]** in der in Note 374 abgedruckten Stelle. Man vergleiche noch:

> Urteil des II. Str.-S. vom 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** auf S. 77: „die Thätigkeit kann bei der Mitthäterschaft wie bei der Beihülfe auch in einer Handlung bestehen, welche die Strafthat vorbereitet".
>
> Urteil des III. Str.-S. vom 3. Mai 1886 R. VIII. 337 **[114]**, soferne hier als mögliche Mitthäterhandlungen auch erklärt werden die Beschaffung der Werkzeuge und das Beseitigen und Fernhalten entgegenstehender Hindernisse.
>
> Und wiederum das Urteil III. 10. Januar 1887 **[126]** in dem Passus auf S. 19, wo konstatiert wird, das Reichsgericht habe schon in früheren Entscheidungen anerkannt, „daß . . . . . auch solche Handlungen, die äußerlich nur als Vorbereitungshandlungen erscheinen, Mitthäterschaft zu begründen geeignet sind und keineswegs die letztere eine Beteiligung an der Realisierung der Thatbestandsmerkmale voraussetzt".

Nehmen wir nun zu diesen Aussprüchen die oben in §§ 94, 95 referierten hinzu, wonach die Mitthäterhandlung jedenfalls während des Stadiums der Ausführung im engeren Sinne geschehen muß, so anerkennt hiermit das Reichsgericht, daß auch Vorbereitungshandlungen noch im Stadium der eigentlichen Ausführung vorgenommen werden können, und giebt damit selbst den formalen Begriff der Vorbereitungshandlung als einer während des Vorbereitungsstadiums vorgenommenen Handlung auf.

Digitized by Google

§ 101.

Fragen wir nun aber um so dringender, woran wir denn erkennen sollen, wo die Vorbereitung zu Ende ist und die Ausführung im engeren Sinne beginnt? so antwortet uns jenes Urteil des II. Str.-S. vom 5. Juli 1881 **[43]** oben auf S. 201: die Ausführung beginnt, sobald mit einer zum Thatbestand gehörigen Handlung begonnen ist. Ganz recht! Die Thatbestandshandlung aber ist keine andere, als die das Verbrechen vollendende, den Verbrechenserfolg erzeugende Handlung. Ich glaube, dies in § 39 bezw. § 40 für unser geltendes Recht bewiesen zu haben. Ich will hier nachweisen, daß das Reichsgericht selbst der nämlichen Ansicht ist. Zu diesem Zweck muß ich einige Urteile des Reichsgerichts, welche die Lehre vom Versuch betreffen, heranziehen. In der Lehre vom Versuch nämlich legt das Reichsgericht die „Ausführung" des § 43 R.-Str.-G.-B. von vornherein technisch aus, als Ausführungshandlung im engeren Sinne, die identisch sei mit der Thatbestandshandlung und den Gegensatz bilde zur Vorbereitungshandlung. Man vergleiche zunächst das Urteil des I. Str.-S. vom 2. Oktober 1882 R. IV. 723 = E. VII. 55 **[65]**. Hier ist die Rechtsansicht aufgestellt, daß bereits in der Falschanfertigung einer Urkunde, um von ihr zum Zweck einer Täuschung Gebrauch zu machen, der Versuch einer Urkundenfälschung zu finden sei.[391]) Denn:

> „Das Str.-G.-B. fordert für Annahme eines Versuchs .... 2. die Bethätigung dieses Entschlusses durch Handlungen, welche den Anfang der Ausführung .... enthalten .....
> Wenn daher auch einerseits als Handlungen, welche zu diesem Zwecke genügen — im Gegensatz zu bloßen Vorbereitungshandlungen —, nur solche gelten können, welche schon wirkliche Thatbestandsmomente der vom Gesetze mit Strafe bedrohten Mißthat betreffen, so kann doch auf der andern Seite auch nicht verlangt werden, daß der Anfang der Ausführung schon alle Bestandteile des gesetzlichen Thatbestandes, welche für das vollendete Reat gefordert werden, umfasse."

Man vgl. ferner das Urteil des II. Str.-S. vom 19. Oktober 1883 R. V. 618 = E. IX. 81 **[83]** in den Worten:

> „Wenn der § 43 des Str.-G.-B. für den strafbaren Versuch die Bethätigung des Entschlusses, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, verlangt, so wird damit vorausgesetzt und gefordert, daß mit der Ausführung wenigstens einer derjenigen Handlungen, welche zum Thatbestande des beabsichtigten Verbrechens

[391]) Vgl. dagegen oben S. 107. Das Reichsgericht übersieht, daß nicht jede im Thatbestande genannte Handlung Ausführungshandlung zu sein braucht.

Digitized by Google

oder Vergehens gehören, der Anfang gemacht ist [Entsch. in Straff. Bd. VII S. 54].[392]) Mit dem Beginne der Ausführung eines Thatbestandsmomentes, aber auch erst damit ist die Grenze der Vorbereitungshandlungen überschritten und das Gebiet strafbaren Versuches betreten."

Man vgl. weiter das Urteil des II. Str.-S. vom 21. Mai 1886 R. VIII. 370 = E. XIV. 137 **[118]** bei den Worten auf S. 376:

„Daß beim Betruge die Täuschungshandlung eine zum Thatbestande gehörige Handlung und deshalb Versuchs-, nicht bloße Vorbereitungshandlung, ist rechtlich unbedenklich."

Man vgl. endlich das Urteil des III. Str.-S. vom 1. Dezember 1887 R. IX. 687 **[147]** in den Worten:

„Zwar erfordert ein strafbarer Versuch im Sinne von § 43 des Str.-G.-B., daß die Grenze von Vorbereitungshandlungen überschritten, daß schon mit einer derjenigen Handlungen begonnen ist, welche zum Thatbestande des beabsichtigten Verbrechens gehören [vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Straff. III. 136; VII. 55; IX. 81]."[393])

Der nämliche III. Str.-S. aber erklärt in seinem Urteil vom 20. November 1880 R. II. 538 = E. III. 136 **[21]** ganz richtig die Thatbestandshandlung für die den Verbrechenserfolg verursachende Handlung. Es hatte sich ein Wehrpflichtiger in der Absicht, sich dem Eintritt in das stehende Heer zu entziehen, aus seiner Heimat D. entfernt, um über Bremen nach Amerika auszuwandern. Er ist in Bremen verhaftet, aber von der Anklage wegen Versuches aus § 140 Z. 1 R.-Str.-G.-B. freigesprochen worden, weil noch kein Anfang der Ausführung vorgelegen habe. Das Reichsgericht erklärte dies für unbegründet.

Durch die Worte „Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten" „ist die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen, welche nur bestimmt erscheinen, die Ausführung der That zu ermöglichen oder zu erleichtern, vom Gesetze ausgeschlossen".

Handelte es sich nun in concreto noch um bloße Vorbereitungshandlungen?

„Als entscheidend für die Beurteilung kommt in Betracht, daß nach der zur Anwendung gelangten Vorschrift des § 140 ad 1 des Str.-G.-B. der Thatbestand des Vergehens mit dem Verlassen des Bundesgebietes vollendet erscheint. Ist das der Fall, so leuchtet ein, daß in dem Handeln eines Thäters, welcher seine Heimat in der von dem Gesetze vorausgesetzten Absicht und mit dem Willen verläßt, die von ihm angetretene Reise ohne andere als durch den Wechsel der Transportmittel gebotene Unterbrechung, bis in das Ausland hinein fortzu-

[392]) Es ist die vorhin referierte Entscheidung gemeint.

[393]) Es sind die beiden vorstehend referierten und das sogleich zu referierende Urteil.

Digitized by Google

setzen, ein Handeln gefunden werden muß, welches, über die Vorbereitung des Delikts hinausgreifend, als Beginn der Ausführung desselben erscheint. Und zwar um deshalb, weil dieses Handeln — wenn es anders nach der maßgebenden, von vornherein vorhandenen und unverändert festgehaltenen Willensrichtung des Thäters in ununterbrochener Verbindung mit der letzten, den Erfolg herbeiführenden Handlung gedacht und vorgenommen ist — eine einheitliche, untrennbar mit der Ausführung der That zusammenhängende Thätigkeit bildet und daher in seinem ungestörten Fortgange unmittelbar die Vollendung der That herbeiführen muß.

Unter solchen Voraussetzungen wird zugegeben werden müssen, daß mit der Reise, welche der Thäter zur Ausführung seines Vorhabens von seiner Heimat aus antritt und welche nach seiner Intention über die Grenze des Bundesgebiets hinaus fortgesetzt werden soll, eine Handlung begonnen wird, welche zu den Begriffsmerkmalen des vollendeten Vergehens gehört. Ein mehreres ist nicht erforderlich."

Also: Ausführungs- oder Thatbestandshandlung, im Gegensatz zur Vorbereitungshandlung, ist die den Erfolg herbeiführende, die unmittelbar die Vollendung des Verbrechens herbeiführende, d. h. eben die den verpönten Erfolg verursachende Handlung. Soll die Vorbereitungshandlung dazu den Gegensatz bilden, so muß sie notwendig die den Erfolg nicht unmittelbar herbeiführende, also verursachende, sondern ihn nur, wie das Reichsgericht selbst (hier oben) sagt, ermöglichende oder erleichternde, folglich nur bedingende Handlung sein. Als Setzen einer Bedingung der strafbaren That bezeichnet denn auch das Reichsgericht die Beihülfe in den Urteilen vom 5. Juli 1881 **[43]** oben S. 201, vom 29. Oktober 1881 **[48]** oben S. 205 und vom 25. April 1887 **[137]** oben S. 206 f. Und so wäre denn das Reichsgericht, freilich in vollem Widerspruch zu seiner sonst vertretenen Kausaltheorie,[394]) bei der Scheidung von Bedingung und Ursache angelangt.

§ 102.

Sobald man aber Ursache und Bedingungen eines Erfolges unterscheidet, ist es auch möglich, den Thäter bezw. Mitthäter und den Ge-

[394]) Eine konsequente Vertretung der v. Buri'schen Kausaltheorie darf eine objektive Unterscheidbarkeit von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen überhaupt nicht anerkennen: vgl. oben S. 94 Note 135; S. 96 Note 143. Daß das Reichsgericht dies dennoch beim Versuche thut, steht denn auch wieder in schneidendem Gegensatz zu der sonst von ihm vertretenen subjektiven Versuchstheorie, worauf hier nicht näher einzugehen ist. Freilich nötigt der § 43 R.-Str.-G.-B. zur objektiven Scheidung von Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, wie dies auch v. Buri, Kausalität (1873) S. 154, ganz richtig, obgleich de lege ferenda das Gegenteil vertretend, anerkennt. Der § 43 R.-Str.-G.-B. ist eben wiederum ein Beweis dafür, daß unser geltendes Recht die Identifizierung von Bedingung und Ursache nicht kennt.

Digitized by Google

hülfen eines Verbrechens objektiv zu unterscheiden je nach der verursachenden oder bloß bedingenden Wirksamkeit, die sie für den Erfolg entfalten: der Thäter entfaltet allein, die Mitthäter gemeinschaftlich eine den Erfolg verursachende Thätigkeit, der Gehülfe eine den Erfolg lediglich bedingende Thätigkeit.

Und sobald es möglich ist, so zu unterscheiden, ist es nach dem oben in § 3 Entwickelten auch de lege ferenda notwendig, es zu thun.

Das Reichsgericht muß also schon de lege ferenda die objektive Unterscheidbarkeit der Mitthäterschaft und Beihülfe anerkennen. Und es finden sich in der That in seiner Judikatur Belege, daß es dies thut.

Nicht nur, daß es anerkennt, daß der Beitrag zum Verbrechenserfolg bei einem Teilnehmer ein größerer oder geringerer als beim andern sein könne:

III. 12. Mai 1880 R. I. 764 = E. II. 160 **[11]** vv. auf S. 766: „Der Charakter seiner [des Mitthäters] Mitwirkung ..... wird durch das größere oder geringere Maß der äußerlichen Thätigkeit nicht bestimmt und nicht geändert"; und weiter unten: „wie der Letztere wiederum dem Beschwerdeführer zu dessen eigener That Beistand leistete, wenngleich in einer die äußerliche Thätigkeit des Beschwerdeführers überwiegenden Weise".

III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]** vv.: „Obgleich daher die Beteiligung eines Mitthäters an der gemeinschaftlichen Ausführung eine im Vergleich zu der Beteiligung Anderer äußerlich untergeordnete sein kann"; und wieder S. 30: „Verabredung, daß er an der Ausführung, wenn auch nur in einer äußerlich sehr untergeordneten Weise teilnehmen solle".

III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** vv. S. 190: „Das Maß der von jedem Einzelnen aufgewendeten äußerlichen Thätigkeit kann ein sehr verschiedenes sein."

III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** vv. S. 24: „sein äußerlich geringfügiger Beitrag".

III. 25. April 1887 R. IX. 285 **[137]** vv. S. 287: „Ebensowenig ist begrifflich die Annahme von Beihülfe von dem größeren oder geringeren Maße der die Hauptthat fördernden Thätigkeit abhängig."

Dies anerkennt auch v. Buri [oben S. 23 f.]; und das Reichsgericht könnte mit v. Buri leugnen, daß diese Thatsache einen absoluten Unterschied zwischen der Teilnahme zu begründen vermöge.

Allein das Reichsgericht geht noch weiter.

Es giebt zu, daß es Handlungen giebt, die sich schon rein äußerlich als Ausführungs- und damit als Mitthäterhandlungen und solche, die sich schon äußerlich als Vorbereitungshandlungen bezw. Beihülfehandlungen darstellen.

Digitized by Google

Vgl. III. 26. Januar 1881 R. II. 757 **[33]** vv.: „eine qualitative Wirkung, welche, an sich betrachtet, als Beihülfe anzusehen sein würde“;

III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** vv. S. 338: „Andererseits muß nach dem Obigen dasjenige, was die übrigen Teilnehmer .... gethan haben, hinsichtlich der Frage, ob sie als Mitthäter haften, nicht aus seiner äußerlichen Gestalt an sich ..... rechtlich gewürdigt werden ..... Es kann daher der von ihnen ... entwickelte Grad der Thätigkeit, für sich allein betrachtet, sehr wohl ein sehr geringer, sich als gemeinschaftliche Ausführung der That äußerlich noch nicht darstellender gewesen sein.“

III. 23. Oktober 1884 R. VI. 644 **[96]** vv. S. 646: „Wie aber Mitthäterschaft in Handlungen, welche objektiv als Beihülfe sich kennzeichnen, ... zu Tage treten kann“.

III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** vv. S. 193: „eine qualitative Mitwirkung, die, an sich betrachtet, als Beihülfe zu betrachten sein würde“.

III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** vv. S. 19: „solche Handlungen, die äußerlich nur als Vorbereitungshandlungen erscheinen“ im Gegensatz zu einer „Beteiligung an der Realisierung der Thatbestandsmomente“. S. 24: „was sonst objektiv nur Vorbereitung oder Beihülfe sein würde“; „eine an sich nur vorbereitende oder helfende Thätigkeit für die Verübung des Vergehens“.

Und doch sollen wir de lege lata nicht objektiv unterscheiden dürfen?!

Drittes Kapitel.

Resultat der Kritik im ersten und zweiten Kapitel.

§ 103.

Mit den im Vorstehenden referierten Urteilen ist das Reichsgericht von den Grundlagen, auf denen allein eine subjektive Teilnahmetheorie aufgebaut werden kann, weit abgekommen.

Stellen wir einander gegenüber:

Sollten die §§ 47 ff. wirklich auf dem Boden der subjektiven Teilnahmetheorie stehen, so müßten sie sich folgendermaßen interpretieren lassen (vgl. oben §§ 10 ff.): Wie das R.-Str.-G.-B. überhaupt keinen Unterschied zwischen Ursache und Bedingung kennt, so auch nicht in der Lehre von der Teilnahme. Was also der Thäter allein, die Mitthäter gemeinschaftlich, und was auf der andern Seite der Gehülfe thut, ist objektiv überhaupt nicht unterscheidbar. Wohl mag der Eine ein größeres, der Andere ein geringeres Maß von Thätigkeit in der Richtung auf den

Digitized by Google

Erfolg entfalten. Aber hinsichtlich der Wirksamkeit für den Erfolg steht die Thätigkeit eines Jeden der eines jeden Anderen völlig gleich. Wenn das R.-Str.-G.-B. daher in § 47 von den Thätern bezw. Mitthätern sagt, daß sie „ausführen", in § 49 von den Gehülfen, daß sie „Hülfe leisten", so können diese Worte in diesen Paragraphen eine technische Bedeutung überhaupt nicht haben. Die Thätigkeit des „ausführen" und die des „Hülfeleisten" können sich nicht formal unterscheiden: denn es wäre kein vernünftiger Grund denkbar, der das Gesetz veranlassen könnte, auf einen rein formalen Unterschied in der Thätigkeit bei der Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe irgend welches Gewicht zu legen (vgl. oben zu Note 146, in Note 156 und auf S. 106). Jene Thätigkeiten könnten sich aber nach dem Gesagten auch nicht materiell unterscheiden, nämlich in ihrer Bedeutung für den Erfolg. Vielmehr müßte ja gesagt werden: Jeder zum Verbrechen Mitwirkende führt es mit aus und Jeder leistet dem Andern zum Verbrechen Hülfe. Es muß also die Unterscheidung zwischen Mitthätern und Gehülfen, wie sie §§ 47, 49 R.-Str.-G.-B. statuieren, eine rein subjektive sein.

Das wäre eine Auslegung unseres Gesetzes, deren Möglichkeit vorausgesetzt sich die subjektive Teilnahmetheorie als die der lex lata behaupten ließe, wobei es freilich unerklärt bliebe, warum das Gesetz gerade die Thätigkeit des Mitthäters als ein Ausführen, die des Gehülfen als ein Hülfeleisten bezeichnet und von dem eigentlichen Kriterium der beiden Teilnahmearten, der verschiedenen Willensrichtung, gänzlich schweigt.

Ganz anders jedoch das Reichsgericht. Es schreibt dem „ausführen" unseres geltenden Rechts eine technische Bedeutung zu zunächst in der Versuchslehre. Es identifiziert dort die Ausführungshandlung im technischen Sinne mit der Thatbestandshandlung, und diese wieder mit der den Verbrechenserfolg herbeiführenden Handlung. Es stellt ihr gegenüber auf Grund des § 43 R.-Str.-G.-B. die Vorbereitungshandlung, welche es gelegentlich als die die Ausführung ermöglichende oder erleichternde, und damit als die den Verbrechenserfolg bedingende definiert. Damit vindiziert das Reichsgericht unserem positiven Recht die Unterscheidung von Bedingung und Ursache. — Dem § 47 R.-Str.-G.-B. gegenüber versucht es allerdings zunächst die technische Bedeutung des „ausführen" zu leugnen. Aber was könnte berechtigen, dies Wort im § 47 vulgär zu interpretieren?! (vgl. oben S. 204). So sieht sich das Reichsgericht gedrängt, auch dem „gemeinschaftlich ausführen" des § 47 eine technische Bedeutung zuzuerkennen. Es findet sie sonderbarer Weise darin, daß der Mitthäter während der Ausführung, d. h. während der Thatbestandshand-

Digitized by Google

lungen, thätig werden kann, während der Gehülfe auch vor der Ausführung, d. h. während der Vorbereitungshandlungen, thätig werden kann! Allein da eine solche formale Unterscheidung unseres Gesetzes, wie schon bemerkt, von vornherein unglaublich ist; da ferner doch auch, wenn kein Alleinthäter da ist, irgend Jemand die Thatbestandshandlungen vornehmen muß, und dies, wenn mehrere Mitthäter das Verbrechen begingen, nur die Mitthäter selbst sein können, von denen ja auch das Gesetz nicht sagt, daß sie während der Ausführung eines Andern thätig sind, sondern daß sie selbst „gemeinschaftlich ausführen": so hat das Reichsgericht mit obigen Sätzen implicite anerkannt, daß die Mitthäter die Thatbestandshandlung, die Gehülfen bloße Vorbereitungshandlungen vornehmen. Und wenn es nun schließlich einräumt, daß es Thätigkeiten giebt, die objektiv und an und für sich betrachtet sich als Mitthäterhandlungen, und solche, die sich als Beihülfehandlungen darstellen, so könnte dies eigentlich vernünftigerweise gar keinen andern Sinn haben, als eben daß jene die Thatbestandshandlungen, diese die Vorbereitungshandlungen seien. Damit aber wäre die objektive Teilnahmetheorie als die der lex lata vom Reichsgericht anerkannt.

§ 104.

Wie nun in aller Welt kommt das Reichsgericht in den Urteilen oben §§ 89, 90 dazu, trotz alledem die objektive Theorie zu verurteilen? Wie gelangt es von all diesen zu der objektiven Theorie drängenden Sätzen aus doch zu der (angeblich) „konstant festgehaltenen Rechtsansicht", daß nach unserem geltenden Recht die Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe eine rein subjektive sei? Welches waren die übermächtigen Gründe, welche das Reichsgericht zu dieser Rechtsansicht zwangen, der gegenüber dann alle jene eben referierten Urteile als pure Inkonsequenzen und unbegreifliche Widersprüche erscheinen?

Fast nehmen wir Anstand zu sagen: das Reichsgericht hatte dafür keinen andern Grund, als die Autorität der Motive zum R.-Str.-G.-B.

Und doch ist es so. Ich wüßte aus der ganzen reichen Teilnahmejudikatur des Reichsgerichts nur drei (bezw. vier) Urteile aufzuführen, die allenfalls als Versuche gelten könnten, im Gesetz selbst Anhaltspunkte für die subjektive Theorie zu finden.

Das Urteil des II. Str.-S. vom 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** sagt auf S. 77:

Digitized by Google

„Die Thätigkeit kann bei der Mitthäterschaft wie bei der Beihülfe auch in einer Handlung bestehen, welche die Straftat vorbereitet. Die Art der Mitthätigkeit ist schon deshalb gleichgültig, weil die Gemeinschaftlichkeit der That es mit sich bringt, daß jeder Teilnehmer auch für die seinem Willen entsprechenden Handlungen der andern Teilnehmer einzustehen hat.“ [395])

In dem Urteil des III. Str.-S. vom 26. Juni 1884 E. XI. 87 **[93]** heißt es auf S. 88:

„Die Worte des § 49 Str.-G.-B. „wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens ..... wissentlich Hülfe geleistet hat“ ..... und speziell die Worte „dem Thäter“ bringen zum Ausdruck, daß der Gehülfe nicht selbst den Vorsatz eines Thäters gehabt haben darf, sondern sich im Gegensatz zum Thäter nur als den Beförderer einer fremden That gedacht haben muß.“

Endlich im Urteil des III. Str.-S. vom 1. Juli 1886 R. VIII. 507 **[122]** findet sich S. 508 die Argumentation:

„Im übrigen erscheint es als selbstverständlich, daß, wer durch sein Thun wissentlich dem Hauptthäter die Vollendung der That ermöglicht und ihm solchergestalt Hülfe leistet, hierdurch auch als mitthätiger Gehülfe seinen Willen dem Willen des Hauptthäters unterordnet. Dies besonders auszusprechen, ist prozessualisch, wie materiell für den Thatbestand des § 49 des Str.-G.-B. entbehrlich.“

Allein diese Erwägungen wären, wie von selbst einleuchtet, nicht entfernt im Stande, die Judikatur des Reichsgerichts zu rechtfertigen.[396]) Sie

---

[395]) Ähnlich auch das Urteil III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** vv. S. 336: „der Mitthäter braucht zwar keineswegs jedes einzelne Thatbestandsmerkmal bethätigt zu haben, denn er haftet auch für denjenigen Teil der Ausführung, den die übrigen Mitthäter durch ihre Thätigkeit bewirken“.

[396]) Wenn das Reichsgericht seine Ansicht, daß für den Begriff der Mitthäterschaft auf die Art und Weise der Mitwirkung nichts ankomme, zunächst darauf stützt, weil „jeder Teilnehmer auch für die seinem Willen entsprechenden Handlungen der andern Teilnehmer einzustehen hat“, so übersieht es dabei gänzlich, daß, wenn feststeht, es haben A., B. und C. für den verbrecherischen Erfolg x. als einen gemeinsam gewollten und herbeigeführten, und zwar jeder für den ganzen Erfolg, einzustehen, damit eben erst ihre Eigenschaft als Teilnehmer im Allgemeinen festgestellt ist. Nun erst gilt es weiter festzustellen, als welche Spezies von Teilnehmern sie für den ganzen Erfolg einzustehen haben, ob als Mitthäter, als Anstifter oder als Gehülfen? Und daß für diese Feststellung die Art und Weise der Mitwirkung nach dem Gesetze gleichgültig, daß insbesondere für die Feststellung der Mitthäterschaft die Vornahme von Thatbestandshandlungen nach dem geltenden Recht unnötig sei, das bleibt eben dem Reichsgericht erst noch zu beweisen. Will aber das Reichsgericht, wie es das Urteil **[82]** anzudeuten scheint, aus der speziell für die Mitthäterschaft im Gesetz vorgeschriebenen „Gemeinschaftlichkeit der That“ folgern, dieselbe bedeute ein Handeln im gegenseitigen Einverständnis, durch dieses Einverständnis eigne sich jeder Mitthäter an, was der andere zur Ausführung beigetragen, und deshalb sei es gleichgültig, was er selbst beigetragen: so ist erstlich zu bemerken, daß die Aneignungstheorie völlig der objektiven Teilnahmetheorie angehört (vgl. unten zu Note 418); und zweitens darauf hinzuweisen, daß ein solcher Aneignungswille auch auf Seiten des Anstifters und des Gehülfen vorliegt, und daß also das Moment, welches den Mitthäter vom Anstifter

Digitized by Google

finden sich auch so gelegentlich und so verborgen, daß das Reichsgericht offensichtlich selber auf sie kein weiteres Gewicht legt. Offiziell und ex professo stützt es sich allein auf die Motive. Vgl.

III. 12. Mai 1880 R. I. 764 = E. II. 160 **[11]** oben S. 188.
I. 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]** oben S. 189.
III. 26. Januar 1881 R. II. 757 **[33]** oben S. 190.
III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]**.
III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** oben S. 192.

„Die Motive lassen" nach der Ansicht des Reichsgerichts „keinen Zweifel", daß das R.-Str.-G.-B. der objektiven Theorie sich nicht zuwenden wollte. Und „im Anschlusse an die Motive", so sagt uns das Reichsgericht selbst, hat es „die Ansicht als die richtige anerkannt", daß der Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe ein subjektiver sei.

Was wir über den Wert der Motive für unsere Frage denken, das haben wir ausführlich in §§ 35, 36 dargelegt. Und so können wir unsere Meinung hier dahin zusammenfassen: daß wohl noch nie der höchste Gerichtshof eines großen Reiches seine Judikatur in einer der wichtigsten und folgenschwersten Fragen des Strafrechts auf ein schwächeres Fundament gestützt hat, als es unser deutsches Reichsgericht in unserer Frage that.

§ 105.

Und es scheint auch selbst gefühlt zu haben, wie wenig seine auf die Motive basierte subjektive Teilnahmetheorie der lex lata entspricht. Denn es unterscheidet gelegentlich selbst die verschiedenen Arten der Teilnahme nach unserem positiven Recht objektiv, je nach der Thätigkeit der Teilnehmer. Wir haben ein hierher gehöriges Urteil des III. Str.-S. vom 10. Januar 1887 **[126]** schon oben auf S. 197, 198 in den einschlägigen Worten mitgeteilt; wir haben ein anderes, III. Str.-S. vom 9. Februar 1881 **[34]**, oben in § 94 in. re-

---

und vom Gehülfen unterscheidet, schließlich doch immer das „ausführen" bleibt. — Einen Beweis für die subjektive Teilnahmetheorie des Gesetzes vermag auch die im Urteil **[93]** aus den Worten des § 49 R.-Str.-G.-B. geschöpfte Argumentation nicht zu erbringen. Wohl ist es richtig, daß der Gehülfe nicht den Vorsatz eines Thäters haben, d. h. daß er das Verbrechen nicht selbst darf ausführen, sondern die Ausführung dem Thäter überlassend das Verbrechen nur darf befördern wollen: aber wenn der § 49 cit. dies und nicht mehr besagen will, so steht er gerade damit völlig auf dem Boden der objektiven, und nicht der subjektiven Teilnahmetheorie, wie unten in § 109 näher auszuführen sein wird. — Wenn endlich im Urteil **[122]** das Reichsgericht seine subjektive Theorie aus der gesetzlichen Definition des Gehülfen als „selbstverständlich" herauslesen will, und demgemäß eine ausdrückliche Anerkennung dieser subjektiven Theorie im Gesetz für überflüssig erklärt, so ist dies offensichtlich nicht als eine petitio principii.

Digitized by Google

feriert; wir verweisen ferner auf das Urteil des III. Str.-S. vom 1. Oktober 1883 R. V. 561 = E. IX. 109 **[81]**, wo das Reichsgericht, die Annahme von Beihülfe seitens der Vorinstanz verwerfend, äußert:

> „So scheint nach demjenigen, was ..... gegen den Angeklagten R. vom Urteil festgestellt worden, dieser Angeklagte .. eine so selbständige Thätigkeit entwickelt zu haben, daß sehr wohl in Frage kommen konnte, ob ihm nicht die volle Mitverantwortlichkeit .... beizumessen ist;"

auf das Urteil des Ferienſenats vom 26. August 1885 R. VII. 503 = E. XII. 347 **[101]**, wo auf S. 507, nachdem zuerst von Thäterschaft und Mitthäterschaft die Rede war, fortgefahren wird:

> „Anders würde deshalb die Sache zu beurteilen sein, wenn eventuell eine Teilnahme im engeren Sinne, also eine Anstiftung oder Beihülfe in Frage gekommen wäre, da in diesem Falle dem Angeklagten nach der thatsächlichen und nach der rechtlichen Seite eine wesentlich verschiedenartig gestaltete Thätigkeit zur Last fallen würde;"[397])

auf das Urteil des III. Str.-S. vom 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** vv.:

> „wie umgekehrt der Gehülfe, ohne Mitthäter zu werden, selbst ein einzelnes Thatbestandsmerkmal, nur nicht die ganze That,[398]) ausführen kann";

wir zitieren endlich noch eine Reihe von Urteilen, auf die wir großenteils sub B. zurückkommen müssen, und in welchen entweder Beihülfe trotz Handelns im eignen, Mitthäterschaft trotz Handelns im fremden Interesse, lediglich je nach der Art der Thätigkeit, angenommen, oder doch letztere als Unterscheidungsmerkmal ohne jegliches Eingehen auf die Frage des animus auctoris oder adjutoris verwertet wird:

I. 11. März 1880 R. I. 450 = E. I. 270 **[7]**.
II. 13. April 1880 R. I. 589 **[8]**.
II. 18. Januar 1881 E. III. 255 **[32]**.
II. 24. Juni 1881 R. III. 432 = E. IV. 302 **[42]**.
II. 7. Februar 1882 R. IV. 129 **[54]**.
I. 25. Januar 1883 E. VIII. 177 **[69]**.
I. 10. Mai 1883 R. V. 350 = E. VIII. 267 **[76]**.
III. 1. Oktober 1883 R. V. 561 = E. IX. 109 **[81]**.
I. 8. Juli 1886 E. XIV. 318 **[123]**.

---

[397]) Es handelte sich um die Zulässigkeit alternativer Fragestellung an die Geschworenen. Für eine solche sei neben der Identität der äußeren That auch die Identität des gesetzlichen Thatbestandes erforderlich. Beides sei gegeben im Verhältnis der Thäterschaft zur Mitthäterschaft. Denn hier handle es sich nur um die Art der Ausführung, nämlich alleinige oder gemeinschaftliche, eines und desselben Verbrechens. Ganz anders im Verhältnis der Thäterschaft zu den übrigen Arten der Teilnahme.

[398]) Vgl. dazu oben § 19.

Digitized by Google

B. Kritik der subjektiven Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe seitens des Reichsgerichts.

Erstes Kapitel.

Feststellung des Sinnes dieser Unterscheidung.

§ 106.

Haben wir bisher nachzuweisen gesucht, es sei gesetzwidrig, daß das Reichsgericht zwischen Mitthätern und Gehülfen nicht objektiv unterscheiden will, so soll nunmehr nachgewiesen werden, es sei unhaltbar, wie es subjektiv unterscheidet.

Zu diesem Zweck müssen wir vor Allem versuchen, uns Klarheit darüber zu verschaffen, in welcher Art und Weise das Reichsgericht subjektiv unterscheidet.

Das Reichsgericht formuliert seine subjektive Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe dahin, daß der Mitthäter die im Zusammenwirken mit dem Gehülfen begangene That als seine eigene, der Gehülfe dieselbe als eine fremde wolle. Man vgl.

I. 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]** oben S. 188.

III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]** oben S. 190.

I. 16. Juni 1881 R. III. 409 = E. IV. 261 **[41]** vv. S. 410: „Es kann sich mithin nach § 293 nur um eine einheitliche That handeln, welche die Mehreren sämtlich als die ihrige gewollt haben".

III. 1. Oktober 1883 R. V. 561 = E. IX. 109 **[81]** vv. S. 562, 563: „daß mehrere Personen ..... derartig gemeinsam thätig werden, daß jeder die That als seine eigene will, sonach jeder als Mitthäter im Sinne des § 47 des Str.-G.-B. zu gelten hat".

II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** oben S. 190.

III. 26. Mai 1884 R. VI. 377 **[89]** vv. S. 379: „Ist auch die Mitthäterschaft im Gegensatze zur Beihülfe nicht besonders begründet worden, so ergeben doch die erstinstanzlichen Feststellungen zur Genüge, daß nach Annahme der Vorinstanz Beschwerdeführer die That der übrigen Defraudanten als die seinige gewollt hat".

III. 26. Juni 1884 E. XI. 87 **[93]** oben nach Note 395.

III. 23. Oktober 1884 R. VI. 644 **[96]** vv. S. 647: „Gehülfe im Sinne des § 49 ist derjenige, welcher die That eines Dritten als eine fremde befördern will. Dies trifft nicht zu bei der thätigen Mitwirkung der Bandengenossen zur Ausführung des einzelnen Diebstahls. Hier will nicht eine fremde That, sondern die That als eigene und zugleich als die der Genossen gefördert werden. Damit aber ist der Boden der Gehülfenschaft verlassen und nimmt die Mitwirkung den Charakter der Mitthäterschaft an".

Digitized by Google

III. 21. Januar 1886 R. VIII. 80 **[106]** vv. S. 81: „daß .... gegen den Beschwerdeführer Mitthäterschaft .... deshalb angenommen werden müsse, weil derselbe ..... den Entschluß faßte, die noch nicht vollendete Wegnahme der Tauben zu vollenden, und zwar als seine eigene That".

III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** oben S. 192.

IV. 11. Mai 1886 R. VIII. 355 **[117]** oben S. 193.

II. 22./25. Juni 1886 R. VIII. 474 = E. XIV. 236 **[119]** vv. S. 476: „Ist aber der Angeklagte bei dieser Herstellung [einer unbefugten Nachbildung] mitthätig geworden, so ist für die Frage, ob er Mitveranstalter war, entscheidend, ob er die Nachbildung als eigene That wollte, oder ob er nur eine fremde That fördern wollte".

I. 24. Juni 1886 R. VIII. 481 **[120]** oben S. 193.

III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** oben S. 193.

II. 27./30. November 1888 E. XVIII. 273 **[162]** oben S. 194.

§ 107.

Es fragt sich nun vor Allem, was das Reichsgericht mit dieser an sich nichts weniger als klaren und unzweideutigen Formulierung sagen will? An sich ließe sich die vom Reichsgericht gemachte Unterscheidung sowohl als eine solche im dolus der Teilnehmer (in ihrer „formellen Absicht"), wie auch als eine solche hinsichtlich des Zweckes und Interesses der Teilnehmer (in ihrer „materiellen Absicht") denken.[399]). Welches ist die Meinung des Reichsgerichts? Was es auf diese Frage direkt antwortet, ist in hohem Grade verwirrend.

Denn bald spricht es mit Bezug auf jene seine Unterscheidung von einem verschiedenen dolus der Teilnehmer:

III. 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = XI. 56 **[91]** vv. S. 412: „Denn wenn der Unterstützende den Zustand des Geisteskranken kennt, kann er denselben zwar als sein Werkzeug benutzen wollen, nicht aber mit dem Vorsatze handeln, das Delikt eines Andern zu unterstützen, und dies ist erheblich für die Frage, ob er mit dem Dolus eines Gehülfen, oder vielmehr mit dem eines Urhebers thätig gewesen ist".

III. 1. Juli 1885 R. VII. 453 **[100]** oben S. 191.

III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** vv. S. 190: „vielmehr genügt zur Mitthäterschaft ein solches Maß der Thätigkeit, welches ohne jenen dolus auctoris" [es wird hierdurch hingewiesen auf die auf S. 192 abgedruckten Worte des nämlichen Urteils] „auch bloß die Mitwirkung eines Gehülfen sein könnte".

Vgl. zu letzterem Ausspruch auch noch III. 12. Mai 1880 R. I. 764 = E. II. 160 **[11]** vv. S. 766: „der Mitthäter beteiligt sich also an der That als an seiner eigenen, animo auctoris, der Gehülfe als an der eines Andern". —

[399]) Vgl. oben §§ 14 ff., insbes. zu Note 49 und auf S. 34 oben.

Digitized by Google

bald von einem verschiedenen Vorsatz:

Vgl. außer dem vorstehenden Urteil III. 9./16. Juni 1884 **[91]** noch:

III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** vv. S. 336: „Vorsatz, die That als seine eigene, bezw. die seiner Komplizen zu unterstützen".

II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** vv. S. 77: „Entsprang die Thätigkeit des einzelnen aus dem Vorsatze, die That als seine und der Komplizen gemeinschaftliche zur Vollendung zu bringen".

II. 10. Juni 1884 R. VI. 416 **[90]** oben S. 190.

III. 26. Juni 1884 E. XI. 87 **[93]** oben nach Note 395.

III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** vv. S. 190: „Nach der vom Reichsgericht ..... als die richtige anerkannten Ansicht unterscheiden sich Mitthäterschaft und Beihülfe wesentlich durch die Art des Vorsatzes, der bei dieser auf Unterstützung der That eines Andern, bei jener auf die Ausführung der That als einer eigenen gerichtet ist". Vgl. in dem nämlichen Urteil weiter unten vv.: „das Resultat der Gesamtwirkung aller Mitthäter ist also dasjenige, worauf sich der Vorsatz jedes Einzelnen als auf sein eigenes .... Werk zu richten hat"; „durch das vorstehend bezeichnete Merkmal wird der Inhalt des Vorsatzes der Mitthäterschaft allgemein für alle Delikte gekennzeichnet"; und S. 191: „Überhaupt ist die Vollständigkeit des auf die Realisierung eines Vergehens als eigenen gerichteten Vorsatzes ein notwendiges Erfordernis der Mitthäterschaft".

III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]**, S. 23, wo der Mitthäter subjektiv charakterisiert wird als „Jemand, dessen Vorsatz sich auf das Zustandekommen der That als seiner eigenen richtet".

III. 3. November 1887 R. IX. 551 **[142]** vv.: „Denn damit Jemand, sei es als Gehülfe, sei es als Mitthäter, aus dem § 284 des Str.-G.-B. strafrechtlich haftbar werde, muß sein Vorsatz darauf gerichtet sein, daß aus einem Glücksspiel ein Gewerbe gemacht werde, und bedingt sodann der Umstand, ob der Vorsatz auf ein für eigene Rechnung betriebenes Gewerbe oder nur auf den Gewerbsbetrieb eines Andern abzielt, den Unterschied zwischen Mitthäter- und Gehülfenvorsatz".[400]) —

bald von einer verschiedenen Absicht:

III. 23. Oktober 1884 R. VI. 644 **[96]** vv. S. 646: „Wie aber Mitthäterschaft in Handlungen, welche objektiv als Beihülfe sich kennzeichnen, ... zu Tage treten kann, wenn nur diese Thätigkeit von der Absicht beherrscht ist, zur Hervorbringung der That als einer eigenen mitthätig zu sein".

III. 3. Mai 1886 R. VIII. 337 **[114]** vv.: „vielmehr beabsichtigten in voller Solidarität beide das Delikt als ihre gemeinsame That".

IV. 11. Mai 1886 R. VIII. 355 **[117]** vv. „Geht seine Absicht nur dahin, die von einem Andern gewollte Strafthat als eine fremde zu unter-

---

[400]) Eine fast gleichlautende Ausführung zu § 284 R.-Str.-G.-B. findet sich auch in dem vorhin zitierten Urteil R. VIII. 189 **[109]** S. 191.

Digitized by Google

stützen . . . ., so kann er nur als Gehülfe des eigentlichen Thäters angesehen . . . . werden".

III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** vv. S. 19: „daß die Unterscheidung [zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe] grundsätzlich nur aus dem Inhalte des Willens, je nachdem die That als fremde oder als eigene beabsichtigt wurde, entnommen werden kann". —

bald wiederum wird der Unterschied darin gesucht, ob man lediglich in fremdem oder aber im eigenen, bezw. gemeinsamen Interesse thätig war; ob man bei seiner Thätigkeit auch den eigenen oder lediglich den fremden Vorteil im Auge hatte:

I. 17. Januar 1881 E. III. 273 **[31]** vv. S. 276: „Unhaltbar ist auch die . . . . Rüge einer Verletzung des § 47 R.-Str.-G.-B. In den Entscheidungsgründen ist insbesondere festgestellt, „daß jeder der Angeklagten . . . . im Einverständnisse mit dem anderen und den eigenen Vorteil im Auge zur Täuschung Dritter den Kunstwein hergestellt hat"".

III. 1. Oktober 1883 R. V. 561 = E. IX. 109 **[81]** vv. S. 562: „Es ist kein Rechtsgrund ersichtlich, welcher die Annahme ausschlösse, daß auch mehrere Personen sich derartig zu einer im gemeinschaftlichen Interesse gemeinsam auszuführenden Veranstaltung strafbaren Nachdrucks mit strafbarer Verbreitungsabsicht verbunden haben und in der Ausführung derartig gemeinsam thätig werden, daß jeder die That als seine eigene will, sonach jeder als Mitthäter im Sinne des § 47 des Str.-G.-B. zu gelten hat".

III. 3. Mai 1886 R. VIII. 337 **[114]** vv.: „Ohne Grund rügt die Revision . . . Verkennung des Begriffes der Mitthäterschaft im Sinne des § 47 des Str.-G.-B. Nach der thatsächlichen Auffassung der Vorinstanz . . . . beabsichtigten in voller Solidarität beide das Delikt als ihre gemeinsame That, und, was jeder von ihnen nach dem verabredeten Plane zur Ausführung der That beitrug, führte er sowohl für sich wie für seine Genossen aus".

II. 22./25. Juni 1886 R. VIII. 474 **[119]** vv. S. 476/77:[401]) „Wenn der Vorderrichter aus dem Dienstverhältnisse, in welchem der Angeklagte zu H. stand und vermöge dessen er nur die Geschäfte des Letzteren als seines Prinzipals besorgte, bei dem Mangel des Nachweises irgendwelchen gemeinsamen Interesses bei der Verbreitung gefolgert hat, daß der Angeklagte nicht Mitveranstalter war, so liegt darin kein Rechtsirrtum".

Diese buntscheckige Terminologie ist, selbst wenn sie nicht Unklarheit über die juristische Natur der eigenen Meinung verrät, im Munde eines zur Wahrung der Rechtseinheit aufgestellten höchsten Gerichtes sicher nicht lobenswert. Sie nötigt uns zu einer eingehenden

[401]) Im unmittelbaren Anschluß an den oben S. 222 abgedruckten Ausspruch und als Anwendung desselben auf den konkreten Fall.

Digitized by Google

Untersuchung darüber, welches die eigentliche Auffassung des Reichsgerichts ist.

§ 108.

Der subjektive Unterschied zwischen Mitthätern und Gehülfen liegt dem Reichsgericht nicht etwa darin, daß nur der Mitthäter, nicht auch der Gehülfe den Verbrechenserfolg zu wollen brauchte. Wo das Reichsgericht über den Gehülfen-Dolus sich näher ausspricht, da betont es — ganz im Einklang mit unserer oben in § 61 sub a entwickelten Auffassung — daß der Wille des Gehülfen nicht bloß auf Unterstützung des Thäters, sondern auf die Entstehung des Verbrechens selbst gerichtet sein müsse. Vgl.

I. 5. Dezember 1883 E. X. 8 **[85]** vv.[402]) S. 9:
„Nach § 49 Str.-G.-B. wird „„als Gehülfe bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder That wissentlich Hülfe geleistet hat““. Damit ist nicht etwa ausgesprochen, daß er zu der äußeren Handlung des Thäters wissentlich Hülfe geleistet haben müsse, sondern . . . . . daß er die That eines Andern als eine, ein Verbrechen oder Vergehen bildende, Straftat habe fördern wollen. Es muß hiernach die Willensrichtung des Hülfeleistenden auf die Entstehung des Verbrechens oder Vergehens gerichtet sein".[403])

I. 17. Februar 1887 R. IX. 139 = E. XV. 315[404]) **[130]**, wo die Ansicht insbesondere ausführlich und sorgfältig begründet wird: „sowohl den Anstifter als den Gehülfen nur strafbar zu erachten, wenn und soweit ihr Wille auf Ausführung der Straftat gerichtet ist, bei welcher Voraussetzung Strafe allerdings auch dann eintritt, wenn die Ausführung nur zu einem strafbaren Versuche gediehen ist".

I. 28. März 1887 E. XVI. 25[405]) **[134]** vv. S. 26: „Es genügt zur Erfüllung des Thatbestandsmerkmales wissentlicher Hülfeleistung nicht, daß der thätig werdende Gehülfe weiß, es wolle der Thäter die strafbare Handlung begehen, welche von diesem in der Folge ausgeführt oder deren Ausführung von ihm wenigstens begonnen wird. Die Vorschrift

---

[402]) Konrad J. hatte in einer hohlen Eiche im Walde Feuer angemacht, um Kaffee zu kochen. Sein Bruder Julius J. hatte, um dies Vorhaben wissend, ihm ein Streichholz hierzu verabreicht. Ein Waldbrand war entstanden. Kann J. J. wegen Beihülfe gestraft werden?

[403]) Die Willensrichtung muß gerichtet sein!!

[404]) Die Z. hat gewußt, daß die Mittel, welche anzuwenden sie die schwangere X. bestimmte, oder welche sie der Y. zum Gebrauche zukommen ließ, zur Abtreibung einer Leibesfrucht völlig untauglich waren. Kann sie wegen Anstiftung bezw. Beihülfe gestraft werden?

[405]) Die Ph. fühlte sich außerehelich schwanger und ging in ihrer Angst den Arzt Sch. dringend an, die ihm zu Gebote stehenden Mittel zur Abtreibung ihrer Leibesfrucht bei ihr anzuwenden. Sch. ging, um sie zu beruhigen, scheinbar darauf ein und führte ein paarmal eine Gebärmutterſonde in ihre Scheide ein. Im 5. oder 6. Monat ihrer Schwangerschaft abortierte die Ph. Kann Sch. wegen Beihülfe gestraft werden?

Digitized by Google

des § 49 Str.-G.-B. verlangt vielmehr, daß auch der Wille des Gehülfen auf das Zustandekommen des Verbrechens oder Vergehens gerichtet ist, zu dessen Förderung er thätig wird".

IV. 19. April 1887 R. IX. 253 **[136]** [bei Entscheidung eines dem zu Note 404 abgeurteilten ganz analogen Falles]: „Der Wille des Gehülfen muß immer darauf gerichtet sein, oder doch wenigstens die Möglichkeit ins Auge gefaßt haben, daß die vom Thäter zu begehende Strafthat zur Vollendung gelange".

IV. 1. November 1887 R. IX. 549 = E. XVI. 277 **[141]**: „Der Revision ..... liegt im Wesentlichen die in dem Urteile des Reichsgerichts vom 5. Dezember 1883 (E. X. 8)[406]) widerlegte Anschauung zu Grunde, daß zur Erfüllung des Thatbestandes der strafbaren Beihülfe schon eine wissentliche Förderung der äußeren Handlung des Thäters genüge. Wie jedoch das vorerwähnte reichsgerichtliche Urteil näher ausführt, erfordert der Begriff der Beihülfe außer dem wissentlichen Fördern der äußeren Handlung des Thäters in subjektiver Beziehung auch den auf die Entstehung des Verbrechens gerichteten Willen des Hülfeleistenden".

II. 25. November 1887 R. IX. 648 = E. XVI. 350 **[146]** vv. S. 649, 650: „Das Wesen der strafbaren Beihülfe im Sinne des § 49 des Str.-G.-B. besteht, wie bereits angedeutet, in ihrem inneren Verhältnis zur Hauptthat; diese soll unterstützt werden; der Gehülfe will die Hauptthat, die That des Thäters, und will dieser durch seine eigene Handlung dienen."

II. 29. Mai 1888 E. XVII. 377 **[158]** [wiederum in einem, dem zu Note 404 abgeurteilten ganz gleich gelagerten Falle] vv. S. 378: „Denn der Wille des Gehülfen muß immer darauf gerichtet sein, daß ein Verbrechen oder Vergehen verübt wird, und daraus folgt, daß strafbare Beihülfe nur denkbar, wenn der Gehülfe will, daß der Thäter die That vollende".

IV. 13. Juli 1888 R. X. 487 **[159]**.

§ 109.

Wollen also sowohl der Gehülfe, wie der Thäter bezw. Mitthäter die Entstehung des Verbrechens

vgl. über den Dolus des Mitthäters noch die Urteile

I. 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]** auf S. 183.

II. 13. Februar 1885 R. VII. 102 = E. XII. 8 **[98]**.

III. 21. Januar 1886 R. VIII. 80 **[106]** auf S. 81.

IV. 7. Mai 1886 R. VIII. 346 = E. XIV. 119 **[115]**.

IV. 11. Mai 1886 R. VIII. 355 **[117]** oben S. 193.

III. 16. April 1888 R. X. 300 = E. XVII. 413 **[155]**.

und wollen sie Beide, wie in den zitierten Urteilen ebenfalls anerkannt ist, die Entstehung des Verbrechens durch Zusammenwirken mit einem Andern herbeiführen, dann, so sollte man denken, ist ja doch der Wille

---

[406]) S. zu Note 402.

Digitized by Google

Beider auf das Verbrechen „als ihr eigenes", nämlich als ein durch ihre eigene Thätigkeit mit hervorzubringendes gerichtet.[406a]) Soll dennoch lediglich der Mitthäter das Verbrechen als eigenes, der Gehülfe dagegen als fremdes wollen, und soll dies wirklich ein Unterschied im Dolus, im Vorsatz, in der Absicht[407]) sein, dann könnte derselbe nur darin bestehen, daß der Mitthäter an dieser Entstehung unmittelbar mitwirken, das Verbrechen also selbst mitbegehen, der Gehülfe dagegen die Entstehung des Verbrechens nur unterstützen, die Begehung einem Andern überlassen und diese nur fördern will (vgl. oben S. 31).

Und in der That scheint dies die Meinung des Reichsgerichts zu sein in all den Urteilen, die den subjektiven Unterschied zwischen Mitthätern und Gehülfen im Anschluß an die Motive dahin ausdrücken, daß

> „der Mitthäter seine eigene That zur Vollendung bringen, der Gehülfe aber nur eine fremde That, diejenige des Thäters, unterstützen will";
>
> „der Vorsatz des Gehülfen auf Unterstützung der That eines Andern, der des Mitthäters auf die Ausführung der That als einer eigenen gerichtet ist".

Vgl. III. 12. Mai 1880 R. I. 764 = E. II. 160 **[11]** unten S. 231, 232.
I. 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]** oben S. 189 und unten S. 229.
III. 26. Januar 1881 R. II. 757 **[33]** unten S. 232.
III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]** oben S. 190.
II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** oben S. 190.
II. 10. Juni 1884 R. VI. 416 **[90]** oben S. 190, 191.
III. 23. Oktober 1884 R. VI. 644 **[96]** oben S. 191.
III. 21. Januar 1886 R. VIII. 80 **[106]**.
III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** oben S. 192.
IV. 11. Mai 1886 R. VIII. 355 **[117]** oben S. 193.
II. 27./30. November 1888 R. X. 692 = E. XVIII. 273 **[162]** oben S. 194.

Allein wenn wirklich der subjektive Unterschied nach der Meinung des Reichsgerichts nur darin bestehen sollte, daß der Mitthäter mitausführen, der Gehülfe nur die Ausführung eines Andern unterstützen, erleichtern, fördern will,

vgl. noch die speziell vom Gehülfendolus redenden Urteile:
III. 29. Oktober 1881 R. III. 667 = E. V. 141 **[48]** vv. S. 668: „Rechtlich aber erfordert der strafbare Vorsatz bei der Beihülfe nicht mehr, als daß die Beihülfehandlung selbst eine vorsätzlich gewollte, und der Gehülfe als „wissentlich" handelnd von dem Bewußtsein geleitet sei, er

---

[406a]) Vgl. oben auf S. 33 zu Note 49.
[407]) Die letzteren beiden Ausdrücke als Synonyma des ersten genommen: vgl. Binding, Normen II S. 596 ff.

Digitized by Google

werde durch sein Thun eine Bedingung der von dem Thäter aus eigener Entschließung beabsichtigten strafbaren That setzen".

IV. 20. September 1887 R. IX. 447 **[140]** vv. S. 448: „B. hat darnach ... nicht wissentlich, d. h. mit dem Bewußtsein, widerrechtlich die Ausführung jener strafbaren Handlung zu unterstützen, zur Begehung derselben durch seine That Hülfe geleistet".

II. 13. März 1888 R. X. 242 **[153]** vv. S. 243: „Nicht die Thäterschaft, sondern nur Hülfeleistung an (!) fremder Thäterschaft ist das dem Angeklagten zur Last fallende Vergehen; es kommt daher darauf an, ob der Angeklagte bei seinen Unterstützungshandlungen sich bewußt gewesen ist, dadurch eine .... Verbreitungsthätigkeit der .... Verleger thatsächlich zu befördern"; S. 244: „Erforderlich ist nur die Kenntnis davon, daß Jemand eine als Verbrechen oder Vergehen nach dem Gesetze erscheinende Handlung begehen wolle oder begehe, und daß hierzu Hülfe geleistet werde".

III. 28. Januar 1889 E. XVIII. 419 **[165]** vv. S. 421: „Denn der vom Instanzrichter folgerichtig gezogene Schluß, daß, wenn die Beihülfe begrifflich notwendig eine Hauptthat voraussetzt, welche der Gehülfe .... zu unterstützen gesonnen ist"; S. 423: „Abgesehen davon, daß auch der Gehülfenvorsatz das Bewußtsein voraussetzt, die Strafthat eines Andern zu fördern";

vgl. endlich auch I. 22. November 1888 E. XVIII. 229 **[161]** vv. S. 230: „denn der auf den Erfolg und die Unterstützung des Thäters gerichtete Wille deckt sich nicht mit dem Willen" (soll heißen: Wollen) „der That als einer eigenen"; —

so wäre das ja völlig die Lehre der objektiven Teilnahmetheorie vom Dolus der Teilnehmer: eben weil und insofern der Mitthäter objektiv mitausführt, der Gehülfe dagegen objektiv nur Hülfe leistet, muß auch subjektiv der Mitthäter mitausführen, der Gehülfe nur helfen wollen (vgl. oben S. 130 zu Note 225). Nach der vom Reichsgericht dem geltenden Recht untergelegten objektiven Gleichheit der Mitthäter- und der Gehülfenhandlung kann ein solcher Unterschied im Dolus der Mitthäter und Gehülfen nicht bestehen (vgl. oben S. 33). Jeder von ihnen führt mit einem Andern zusammen das Verbrechen aus, Jeder von ihnen hilft einem Andern zur Begehung des Verbrechens, Jeder wirkt eben mit einem Andern zum Verbrechen zusammen; man kann also auch vom Mitthäter sagen, sein Dolus bestehe in dem Willen, dem andern Mitthäter zu helfen, und vom Gehülfen, sein Dolus bestehe in dem Willen, mit dem Thäter zusammen auszuführen.

So sagt denn auch in der That das Reichsgericht wenigstens vom Mitthäter in einer Reihe von Urteilen, daß er die That als seine eigene, bezw. als die seiner Komplizen unterstützen wolle;

Digitized by Google

vgl. I. 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]** oben S. 189.
III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]** oben S. 190.
III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** oben S. 223.
II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** unten S. 232.
III. 23. Oktober 1884 R. VI. 644 **[96]** oben S. 191.
I. 24. Juni 1886 R. VIII. 481 **[120]** oben S. 193.

Kurz: ein Unterschied im Dolus läßt sich nach der auf der v. Buri'schen Kausaltheorie basierenden, subjektiven Teilnahmetheorie zwischen Mitthätern und Gehülfen überhaupt nicht konstruieren (oben §§ 14 ff. insbes. S. 34); und wenn wir dem Reichsgericht glauben sollen, daß seine Unterscheidung zwischen dem Wollen der That als einer eigenen oder aber als einer fremden einen Unterschied im Dolus, im Vorsatz, in der Absicht bedeute (oben die Aussprüche auf S. 222 ff.), dann müssen wir das gleichzeitig als einen Abfall von seiner Kausal- und seiner subjektiven Teilnahmetheorie bezeichnen.

§ 110.

Will das Reichsgericht seinen eigenen Ausgangspunkten treu bleiben, so kann ihm der Unterschied zwischen dem Wollen der That als einer eigenen oder aber als einer fremden nicht einen Unterschied im Dolus bedeuten, sondern nur einen Unterschied im Zweck und Interesse: vgl. die Urteile oben S. 224. Und das bestätigt uns auch das Reichsgericht selbst in dem Urteile des I. Str.-S. vom 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]**, welches ex professo den subjektiven Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe näher präzisiert. Die hierher gehörigen Worte, welche sich an die auf S. 188, 189 referierten anschließen, lauten:

> „Will aber hiernach der Mitthäter seine eigene That zur Vollendung bringen, der Gehülfe aber nur eine fremde That, diejenige des Thäters, unterstützen, so kann hierin nur die Bedeutung gefunden werden, daß der Gehülfe nur einen von demjenigen des Thäters abhängigen Willen haben darf, er also seinen Willen demjenigen des Thäters dergestalt unterwirft, daß er es ihm anheimstellt, ob die That zur Vollendung kommen solle oder nicht. Im Gegensatz zu diesem abhängigen Willen des Gehülfen erkennt hingegen der Mitthäter einen den seinigen beherrschenden Willen nicht an. Sein Wille ist vielmehr von der gleichen Beschaffenheit wie derjenige aller übrigen Mitthäter, und es soll daher nach seiner Auffassung das Verbrechen zwar unter deren Mitwirksamkeit zur Existenz gebracht werden, ohne daß er jedoch den Willen derselben als maßgebend für den seinigen betrachtet".

Das Reichsgericht hat sich also damit vollständig jene, v. Buri zu eigen gehörige, Wendung der subjektiven Teil-

Digitized by Google

nahmetheorie angeeignet, welche den Unterschied zwischen Mitthätern und Gehülfen abstellt auf die Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Interesses, welches der zum Verbrechen Mitwirkende bei seiner Mitwirkung verfolgt: vgl. oben unseren § 17. Und dieser Wendung bedienen sich, wenn auch nicht mit solcher Ausführlichkeit und Prägnanz wie das eben abgedruckte, auch noch einige spätere Urteile des Reichsgerichts.

Vgl. III. 3. Mai 1886 R. VIII. 337 **[114]** vv.: „Nach der thatsächlichen Auffassung der Vorinstanz ging die Absicht nicht, wie die Revision unterstellt, dahin, B. solle selbständig den geplanten Diebstahl als seine That ausführen und D. wolle nur als hinzutretender Gehülfe seinen Willen und seine Kräfte dem entscheidenden Willen des B. unterordnen; vielmehr beabsichtigten in voller Solidarität beide das Delikt als ihre gemeinsame That" [folgen noch die auf S. 224 abgedruckten Worte].

IV. 11. Mai 1886 R. VIII. 355 **[117]** oben S. 193, insbesondere vv.: „Ist dagegen der Wille des Verlegers selbständig und unabhängig von dem Willen eines Dritten auf die Verübung der Strafthat gerichtet, will er also die Beleidigung als seine eigene That ꝛc."

III. 1. Juli 1886 R. VIII. 507 **[123]** oben nach Note 395.

Auch nach dem Reichsgericht also (vgl. dazu oben S. 39, 40) schließt das eigene Interesse am Verbrechen nicht aus, daß man seinen Willen dem eines Mitwirkenden unterordne, also das Verbrechen nur als fremdes unterstützen wolle, demnach als Gehülfe erscheint. Deshalb findet sich dieselbe „eigentümliche Kombination" der beiden subjektiven Momente, wie bei v. Buri [a. a. O. S. 39 zu Note 54] auch beim Reichsgericht, wenn es in dem Urteil des III. Str.-S. vom 1. Oktober 1883 R.V. 561 = E. IX. 109 **[81]** oben S. 224 für die Mitthäterschaft nebeneinander verlangt „gemeinschaftliches Interesse" und „Wollen der That als seiner eigenen". Umgekehrt schließt nach dem Reichsgericht ein Mitwirken zum Verbrechen in fremdem Interesse nicht aus, daß man einen selbständigen vom Mitwirkenden unabhängigen Verbrechenswillen besitze, also Thäter bezw. Mitthäter sei.

Vgl. I. 17. Januar 1884 E. IX. 430 **[86]** vv.: „Das Spezialgesetz des § 212 [Konk.-O.] umfaßt nicht die Beihülfe zu § 209 a. a. O., es setzt eine, wenn auch im Interesse des Schuldners, doch als eigene verübte That von der Beschaffenheit der Ziff. 1 und 2 des § 209 a. a. O. voraus."

Das Reichsgericht hat also bis in die feinste Nüanzierung hinein v. Buri's subjektive Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe adoptiert.[408])

[408]) In seinen „Bemerkungen zu dem Lehrbuch des deutschen Strafrechts von Prof. Dr. Merkel" im Gerichtssaal XLII. (1889) S. 241 ff. meint v. Buri in der

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Kritik dieser Unterscheidung des Reichsgerichts.

1. Sie ist praktisch nicht durchführbar.

§ 111.

Wäre diese Unterscheidung wirklich im Gesetze begründet, so würde sie der Praxis etwas kaum Durchführbares zumuten: denn welche Mittel hätte der Richter, um so tief in das Innere des Verbrechers vordringen zu können, daß er mit einiger Sicherheit festzustellen in der Lage wäre, ob der Verbrecher seinen Willen demjenigen eines Andern unterordnen wollte oder nicht? vgl. oben S. 8, 9.

Freilich glaubt das Reichsgericht den Ariadnefaden gefunden zu haben, der in dem Labyrinth der Seelenvorgänge des Verbrechers dem Richter den rechten Weg untrüglich zeige: die unter den Mitwirkenden vor dem Verbrechen getroffene Verabredung.

Gleich in jenem Urteil des III. Str.-S. vom 12. Mai 1880 R. I. 764 = E. II. 160 **[11]**, mit welchem das Reichsgericht seine, die subjektive Theorie adoptierende Judikatur inaugurierte, heißt es auf S. 766:

> „Es ist einleuchtend und in der älteren und neueren Theorie mit Recht geltend gemacht, daß zur Beurteilung der Auffassung der That seitens der Beteiligten, und folgeweise zur Unterscheidung der Mitthäter von den Gehülfen, eine zwischen den Beteiligten vor der That getroffene Verabredung eine wichtige Grundlage bildet, und geeignet ist, die in vielen Fällen schwierige Feststellung der Grenzen zwischen diesen Arten der Teilnahme zu erleichtern und klar zu machen. Im vorliegenden

---

Note 1 auf S. 265 mit Bezug auf meine „Kritischen Studien" in der Mecklenburgischen Zeitschrift Band VIII. und IX.: „Es werden in dieser Abhandlung meine strafrechtlichen Arbeiten wohlwollend beurteilt, aber ich muß denn doch der bereits wiederholt sowohl von Birkmeyer wie von Baumgarten vorgebrachten Behauptung entgegentreten, sie beherrschen die Rechtsprechung des Reichsgerichts sogar in den Äußerlichkeiten des Satzbaues und der Diktion. Denn sie ist unrichtig und verletzend." — Darauf erwidere ich: daß meine Behauptung, so wie ich sie in meinem Ursachenbegriff S. 40 Note 59 aufgestellt habe und hier wiederhole, richtig sei, davon kann sich Jeder leicht überzeugen, der die von mir im Ursachenbegriff zitierten Stellen aus den Schriften v. Buri's und den Urteilen des Reichsgerichts, und die in dieser Abhandlung abgedruckten Aussprüche des Ersteren im ersten Abschnitt und des Letzteren im gegenwärtigen dritten Abschnitt miteinander vergleicht. Wieso meine Behauptung, mag sie nun richtig sein oder nicht, verletzend sein sollte, verstehe ich nicht. Ich meine vielmehr, jeder Schriftsteller könne es sich nur zur Ehre anrechnen, wenn seine Lehrmeinungen in solchem Maße, wie ich es von denen v. Buri's behauptet, die Judikatur des höchsten Gerichtes im deutschen Reiche beeinflussen. — Ich glaube demnach die beiden von v. Buri bezüglich meiner Behauptung gebrauchten Epitheta mit ungleich größerem Recht auf die mir von ihm gewidmete Anmerkung anwenden zu können.

Digitized by Google

Fall[409]) ging die Verabredung des Beschwerdeführers mit dem Unbekannten auf gemeinschaftliche Verübung, und was der Beschwerdeführer zum Zweck der Verübung thut, und daß er nicht mehr that, hatte seinen Grund darin, daß er gemäß der Verabredung dieses und nicht mehr thun sollte .... Ebenso war vermöge der getroffenen Verabredung auch die Thätigkeit des Unbekannten nur dessen Beitrag zu der beschlossenen gemeinschaftlichen Verübung, also dem Beschwerdeführer als eigene Thätigkeit anzurechnen. Der Letztere wollte verabredetermaßen nicht eine That des Unbekannten unterstützen, sondern es ging die Absicht Beider dahin, das Verbrechen als eine That Beider gemeinschaftlich in Ausführung zu bringen" u. s. f.

Demnach könne Mitthäterschaft angenommen werden. Auf gleichen Bahnen wandeln die Urteile

III. 26. Januar 1881 R. II. 757 **[33]** vv. S. 758: „Für die Beurteilung der Frage, ob der Begriff der Mitthäterschaft auf die Thätigkeit des Mitangeklagten richtig angewendet ist, fällt als entscheidend mit ins Gewicht, daß der Ausführung des Diebstahls[410]) die von dem Vorderrichter festgestellte auf gemeinschaftliche Verübung der That gerichtete Verabredung vorangegangen ist, an welche sich sodann die Ausführung des Diebstahls in Gegenwart der Mitangeklagten angeschlossen hat. Die vorderrichterliche Feststellung läßt also entnehmen, daß der Wille der sämtlichen Mitangeklagten, auch derjenigen, welche nur Wache gehalten, von vornherein dahin gerichtet war, nicht sowohl ihre Genossen bei Ausführung der That zu unterstützen, sondern dieselbe in Gemeinschaft mit ihnen, jeder als seine eigene That zu begehen".

Daher seien Alle Mitthäter.

III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]** vv.: „Obgleich daher die Beteiligung eines Mitthäters an der gemeinschaftlichen Ausführung eine im Vergleich zu der Beteiligung Anderer äußerlich untergeordnete sein kann, und diese Beschaffenheit seiner Thätigkeit besonders dann der Anwendung des § 47 nicht entgegen steht, wenn sie auf vorgängiger, die äußerliche Beteiligung der Mitthäter regelnder Verabredung beruht" u. s. w.

II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** vv. S. 76: „Verschieden ist aber die Art der Beteiligung der Angeklagten an der Ausführung des .... verabredeten Planes[411]) .... Diese Verschiedenheit erachtete der erste Richter nicht für erheblich, weil, wie er als Ergebnis der Verhandlung feststellt, in jedem Falle eine spezielle Verabredung über die Verübung und die besondere Art der gemeinsamen Ausführung jeder der Thaten .... in dem Sinne stattgefunden hat, daß die Mitwirkung eines jeden Komplizen bei dieser Ausführung nunmehr in der Absicht geschehen sollte und geschah, die That als eine gemeinsame und zugleich eigene, von dem Willen des Komplizen nun nicht mehr abhängige, zu unter-

[409]) Vgl. die narratio facti oben S. 188.
[410]) S. die Geschichtserzählung oben in Note 362.
[411]) Vgl. die species facti oben in Note 363.

Digitized by Google

stützen und zur Vollendung zu bringen; und daß also eine Mitwirkung jedes Komplizen bei und zur Ausführung der That stattfinden sollte und stattfand . . . . . Diese Auffassung bekämpfen die Beschwerdeführer, indem sie von der Ansicht ausgehen . . . . . Dieser Ansicht kann indes nicht beigetreten, es muß vielmehr die Ausführung des ersten Urteils als zutreffend anerkannt werden".

III. 21. Januar 1886 R. VIII. 80 **[106]**, wo auf S. 81 nach den oben S. 195, 196 abgedruckten Worten fortgefahren wird: „daß in dieser Beziehung der gemeinschaftliche Beschluß der Ausführung, die Verteilung der Rollen, sowie die Anwesenheit bei der That und das Handeln gemäß jener Rollenverteilung, wenn dieses auch nur in dem Wachestehen zum Zwecke der Sicherung der Ausführung besteht, für ausreichend erachtet werden darf, ist wiederholt anerkannt worden".

III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]**: „Das, wodurch diese Auffassung gerechtfertigt werden kann, besteht in dem stillschweigend oder ausdrücklich vereinbarten mit gemeinsamen organisierten Kräften durchzuführenden Plane der Ausführung der That; durch diesen allein wird es einerseits ermöglicht, daß objektiv als Beitrag zur gemeinschaftlichen Ausführung erscheint, was sonst objektiv nur Vorbereitung oder Beihülfe sein würde, und andererseits, daß derjenige, welcher eine an sich nur vorbereitende oder helfende Thätigkeit für die Verübung des Vergehens entwickelt, dennoch bei der Vornahme derselben sich das Vergehen als seine eigene That vorstellen, als solche dasselbe wollen, und daß schon sein äußerlich geringfügiger Beitrag sich in seinem Bewußtsein als etwas darstellen kann, was einen Bestandteil der gemeinschaftlichen Ausführung bildet. Ohne die durch den Plan entstandene Organisation aller Teilnehmer zu einem einheitlichen Ganzen, welche jedem (soll heißen: jeden) Einzelnen und dessen Thätigkeit mit den Übrigen und deren Mitwirkung innerlich auf gleiche Stufe stellt, weil nunmehr das Wesentliche in dem Ineinandergreifen der Thätigkeit Aller besteht, bei welchen es nebensächlich ist, ob gerade dieser die eine, gerade jener die andere Rolle spielt, wäre die Behauptung, auch der bloß Vorbereitende und der bloß Helfende habe die That *als seine eigene gewollt*, ein bloßes Wort ohne faßbaren Sinn; denn nur wer die That mit *ausführen* will, kann sie als *seine* That wollen".

II. 27./30. November 1888 E. XVIII. 273 **[162]**, wo nach den auf S. 194 abgedruckten Worten fortgefahren wird: „Nach der Sachdarstellung des angefochtenen Urteils haben die E. B. und der Angeklagte E. gemeinschaftlich den Fluchtplan verabredet, und zwar mit dem Zwecke einer in Amerika zwischen ihnen zu schließenden Ehe. Dieser Sachlage entspricht die Auffassung, daß beide die That als eigene gewollt haben."

Vgl. auch noch III. 4. April 1889 E. XIX. 213 **[167]** vv.: „Aber in der Begründung gelangt das Gericht, nachdem das Sachverhältnis dargelegt worden, zu der Feststellung, daß die beiden Angeklagten den Diebstahl nach gemeinschaftlicher Verabredung und unter gemeinschaftlicher Aus-

Digitized by Google

führung verübt haben. Hiernach ist also nicht wohl zu bezweifeln, daß der Vorrichter nicht bloß Beihülfe, sondern Mitthäterschaft annimmt im Sinne des § 47 Str.-G.-B."

§ 112.

Wenn ich das Reichsgericht recht verstehe, so ist es also nicht die Thatsache der vorgängigen Verabredung der Mitwirkenden an sich, welche das Kriterium für das Vorliegen einer Mitthäterschaft bildet;

vgl. auch das zitierte Urteil III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** vv. S. 18: „wie denn überhaupt eine vereinbarte Beihülfe nicht schon wegen der Vereinbarung des Gehülfen mit dem Thäter aufhört Beihülfe zu sein und zur Mitthäterschaft wird";

sondern es muß vorliegen: die Verabredung mehrerer Personen, zur Verübung eines bestimmten Verbrechens zusammenzuwirken, und die genaue Feststellung eines Planes, wie jeder Einzelne zur Verübung mitwirken solle; vgl. die oben abgedruckten Urteile bei den Worten:

„spezielle Verabredung über die Verübung und die besondere Art der gemeinsamen Ausführung";
„vorgängige, die äußerliche Beteiligung . . . . regelnde Verabredung";
„die Verteilung der Rollen";
„durch den Plan entstandene Organisation aller Teilnehmer".

Gesellt sich hiezu dann das faktische Zusammenwirken in Gemäßheit des Planes und der Rollenverteilung — denn daß thatsächliche Mitwirkung jedes Komplottanten zum Verbrechen unumgänglich notwendig sei, um von Mitthäterschaft reden zu können, hat das Reichsgericht in einer Reihe von Urteilen betont,

vgl. I. 15. Januar 1880 R. I. 229 = E. I. 145 **[4]**.
I. 6. Dezember 1880 E. III. 142 **[24]**.
I. 13. Januar 1881 E. III. 268 **[28]**.
I. 17. Januar 1881 E. III. 269 **[30]**.
III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]**.
II. 17. Mai 1881 R. III. 309 = E. IV. 177 **[38]**.
III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]**.
II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** —,

so schließt jene vorgängige Verabredung Alles, was nachher die Mitwirkenden zur Verübung des Verbrechens beitragen, zu einer „gemeinschaftlichen Ausführung" im Sinne des § 47 R.-Str.-G.-B. zusammen. Jene Verabredung zeigt, daß Jeder das Verbrechen selbständig will, und auf das Maß seines Beitrages kommt daher nichts weiter an, um ihn als Mitthäter zu betrachten.

Digitized by Google

§ 113.

Allein dieser ganze Versuch, über die Schwierigkeit der subjektiven Unterscheidung zwischen Mitthäter und Gehülfen hinweg zu kommen, dürfte mißlungen sein. Denn:

die vorgängige Vereinbarung, welche das Reichsgericht als Kriterium für die Mitthäterschaft betrachtet, muß jedenfalls eine ausdrückliche sein (vgl. oben S. 139 zu Note 247). Zwar sagt das Reichsgericht in dem oft zitierten Urteil des III. Str.-S. vom 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** auf S. 24:

> „Das, wodurch diese Auffassung gerechtfertigt werden kann, besteht in dem stillschweigend oder ausdrücklich vereinbarten mit gemeinsamen organisierten Kräften durchzuführenden Plane der Ausführung der That".

Aber wie eine planmäßige Organisation der Ausführung, eine Verteilung der Rollen auf dem Weg einer stillschweigenden Vereinbarung sollte erzielt werden können, ist nicht zu verstehen. Alle übrigen oben genannten Urteile sprechen denn auch von einer vor der That getroffenen „Verabredung".

Sofort ergiebt sich, — da die Mitthäterschaft des § 47 R.-Str.-G.-B. sicher auch eine stillschweigend vereinbarte sein kann; s. oben zu Note 248 und vgl. auch folgende Urteile des Reichsgerichts:

> III. 17. Dezember 1881 E. V. 306 **[51]** vv. S. 307: „die Mitthäterschaft in ihrer rechtlichen Bedeutung, also das bewußte und gewollte Zusammenwirken der Thäter für die Ausführung — möge es nun auf ausdrücklicher Verabredung oder auf stillschweigendem Einverständnis beruhen —";
>
> II. 16. April 1886 R. VIII. 286 = E. XIV. 92 **[111]** vv. S. 289: „daß jene drei Angeklagten dabei gemeinschaftlich, d. h. auf Verabredung oder sonst in bewußter gegenseitiger Willensübereinstimmung gehandelt haben, ist nicht festgestellt";
>
> III. 1. Juli 1885 R. VII. 453 **[100]** vv. S. 455: „Ob Gemeinschaftlichkeit in diesem Sinne vorliege" [es handelt sich um die Auslegung des § 119 Str.-G.-B.], „ist dagegen in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze über Mitthäterschaft (§ 47 Str.-G.-B.) zu beurteilen. Daher hat man nicht eine vorherige ausdrückliche Verabredung der mehreren Personen . . . . . zu fordern, sondern nur ein Einverständnis derselben über ihr Zusammenwirken, und es genügt, wenn ein derartiges stillschweigendes Einverständnis auch nur während der Ausführung der That entstanden ist";

und da ebenso sicher auch das Zusammenwirken von Thäter und Gehülfe ein stillschweigend verständigtes sein kann, — daß das vom Reichsgericht gefundene Kriterium für das selbständige oder unselbständige Interesse der Teilnehmer am Verbrechen kein für alle Fälle ausreichendes ist.

Digitized by Google

§ 114.

Es ist aber auch ein innerlich fehlerhaftes.

Denn es ist nicht etwa die Meinung des Reichsgerichts, daß aus dem Inhalt des verabredeten Planes, aus der Art der Rollenverteilung, ein Schluß gezogen werden könne, bald auf die Selbständigkeit bald auf die Unselbständigkeit des Interesses der einzelnen Komplottanten. Nein! vielmehr wenn einmal eine Verabredung mit Rollenverteilung vorliegt, so ist nach dem Reichsgericht unter allen Umständen anzunehmen, daß jeder Teilnehmer an der Verabredung die That als eigene wolle, daß sein Interesse an dem Verbrechen ein selbständiges, von dem der Übrigen unabhängiges sei. Man vergleiche nur die oben referierten Urteile des Reichsgerichts! kein einziges kommt im Hinblick auf den Inhalt des verabredeten Planes zur Annahme von Beihülfe auf Seite des einen oder andern Komplottanten; alle finden in der Thatsache der Verabredung eines Planes der gemeinschaftlichen Verübung den Beweis für den subjektiven Thatbestand der Mitthäterschaft.[412]) Und das ist ganz entschieden unrichtig. Denn die Beteiligung an der dem Verbrechen vorangegangenen detaillierten Verabredung unter den Mitwirkenden, und die Unselbständigkeit des Interesses im Sinne des Reichsgerichts schließen sich durchaus nicht aus.

Viel richtiger verfuhr denn auch die alte Komplott-Theorie. Auch sie betrachtete auf Grund des Komplotts jeden zum Verbrechen Mitwirkenden als Miturheber, weil Jeder das Verbrechen in gleicher Weise wie der Andere wolle. Aber nicht folgerte sie diese Selbständigkeit aus der Verabredung, sondern sie verlangte sie bei der Verabredung, damit die letztere Komplott sei. Man vgl. z. B. Tittmann's Handb. I. (2. Aufl. 1822) § 103 vv.:

> „Ging ihrem Zusammentreffen eine Verabredung vorher, so fragt es sich, worauf diese gerichtet war. Die Verabredung an und für sich erhöht die Zurechnung und Strafe nicht. Aber darauf kömmt es an, ob man sich zu dem Verbrechen als Gegenstand gemeinschaftlichen Zweckes und Interesses vereinigte oder nicht. Denn geht die Vereinigung bloß auf gemeinschaftliches Wirken für das Verbrechen, ohne daß das Verbrechen selbst und an sich Gegenstand des Interesses jedes Einzelnen ist, so wird dadurch bloß eine verbrecherische Gesellschaft (societas delinquendi), ein Vertrag zwischen Urheber und Gehülfe begründet, wo jedem nur das angerechnet wird, was er that und beabsichtigte. Anders

[412]) Das Reichsgericht unterscheidet also nur die Thatsache der Vereinbarung eines Zusammenwirkens zum Verbrechen überhaupt (s. oben S. 234) und die Thatsache einer detaillierten Verabredung der gemeinschaftlichen Begehung. Während man innerhalb der letzteren wieder weiter unterscheiden müßte: s. den Text.

Digitized by Google

> verhält es sich, wenn die Vereinigung auf gemeinschaftliche Ausführung eines bestimmten Verbrechens, welches Alle (und so auch jeder Einzelne) an und für sich selbst wollen, gerichtet ist. Man nennt eine solche Vereinigung ein Komplott oder eine Verschwörung .... Es muß dabei eine ausdrückliche Verabredung vorhergegangen sein, ein stillschweigend entstandenes Komplott läßt sich nicht denken".[413])

Ebenso auch schon Kleinschrod, System. Entwickelung I. (3. Aufl. 1805) § 178 S. 325.

Man vgl. auch die Partikularstrafgesetzbücher aus der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts, wie z. B. das bayerische von 1813 Teil I art. 50 vv.:

> „Wenn zwei oder mehrere aus gemeinschaftlichem Interesse ein Verbrechen miteinander beschließen, und sich zu dessen gemeinschaftlicher Ausführung durch Verabredung eines gegenseitigen Beistandes verpflichten, so ist diese Vereinigung ein Komplott".

Insoferne ist also das Reichsgericht nicht nur, wie ihm Geyer vorwirft,[414]) auf die veraltete Komplott-Theorie des früheren Rechtes, sondern hinter dieselbe zurückgekommen.

§ 115.

Darin aber trifft die Judikatur des Reichsgerichts wie bereits erwähnt mit der alten Komplott-Theorie vollkommen zusammen (vgl. oben S. 54 zu Note 71), daß ihr eine vorgängige Verabredung des Planes der Ausführung der That das später Geschehene selbst vollständig umzustempeln vermag. Denn liegt eine solche Verabredung vor, dann nimmt das Reichsgericht Mitthäterschaft an, auch wenn der Komplottant eine Mitwirksamkeit entfaltete, welche entfernt nicht jenen Anforderungen entspricht, die das Reichsgericht nach dem oben in §§ 91, 94, 95 Referierten für die Thätigkeit eines Mitthäters aufstellt. Das zeigt am klarsten das Urteil des III. Str.-S. vom 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]**, wenn es auf S. 24 erklärt:

> „die Behauptung, auch der bloß Vorbereitende und der bloß Helfende habe die That als seine eigene gewollt, wäre ein bloßes Wort ohne faßbaren Sinn", wenn nicht die Verabredung eines Planes vorausgegangen wäre, welche es „**einerseits** ermöglicht, daß objektiv als Beitrag zur gemeinschaftlichen Ausführung erscheint, was sonst objektiv nur Vorbereitung oder Beihülfe sein würde, und **andrerseits**, daß derjenige, welcher eine an sich nur vor-

[413]) Zu den letzten Worten vgl. oben § 113.
[414]) Grundriß I. § 41 sub 2 S. 141.

Digitized by Google

bereitende oder helfende Thätigkeit für die Verübung des Vergehens entwickelt, dennoch bei der Vornahme derselben sich das Vergehen als seine eigene That vorstellen, als solche dasselbe wollen kann".

Hier ist so deutlich wie möglich gesagt, daß die vorgängige Verabredung nicht nur ein Kriterium für die Subjektivität des Mitwirkenden („andererseits"), sondern zugleich eine Umformung des objektiven Charakters der Mitwirkung („einerseits") bedeute. Auf diese Weise läßt das Reichsgericht jede wie irgend geartete Mitwirksamkeit zum Verbrechen, auch die vor der Ausführung des Verbrechens bethätigte, auch die rein intellektuelle Mitwirksamkeit, auch die bloße ermunternde Gegenwart eines Komplottanten bei der Ausführung des Verbrechens durch die Übrigen, ja auch die absolute Unthätigkeit eines Komplottanten zur Mitthäterschaft werden.

Vgl. III. 9. Februar 1881 R. III. 28 **[34]** oben S. 197.
III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** bes. S. 337.
III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** oben S. 197, 198.
II. 20. Januar 1888 E. XVII. 47 **[150]** bes. S. 49.

Dies Alles in frappanter Übereinstimmung mit der alten Komplott-Theorie, vgl. außer den oben in § 24 Note 71 Zitierten z. B. noch

Quistorp, Grundsätze I. (6. Aufl. 1809) § 54 zu Note b., d.
Tittmann a. a. O. S. 205.
Heffter, Lehrb. (6. Aufl. 1857) § 87 zu Note 4.
Bayer. Str.-G.-B. v. 1813 Teil I. art. 50 vv.: „ein Komplott, unter dessen Voraussetzung jeder Teilnehmer des Komplotts, welcher auf was immer für eine Weise vor, bei, oder nach der Ausführung mitgewirkt, oder sich zur Mitwirkung bereitwillig gezeigt oder seine Mitverbündeten bei der Überzeugung der von ihm zu erwartenden Beihülfe erhalten hat, nach Vollendung des Verbrechens als ein Miturheber desselben zu betrachten ist."

Mit Einem Worte also: das Komplott erscheint in der Judikatur des Reichsgerichts wieder als eine besondere Schuldform, als welche es in der Theorie und in der Gesetzgebung längst überwunden ist. Unser positives Recht weiß davon nichts: vgl. oben S. 139. Und der Hauptvertreter der vom Reichsgericht adoptierten subjektiven Teilnahmetheorie, v. Buri, ist in Konsequenz dieser Theorie schon im Jahre 1862 zu seiner Abhandlung geführt worden, welche den Titel trägt: „Das Komplott ist keine besondere Schuldform".[415])

[415]) Vgl. auch oben S. 54 ff., 139.

Digitized by Google

2. Sie ist theoretisch nicht begründbar.

§ 116.

Die subjektive Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe, wie das Reichsgericht sie vertritt, würde also, wenn sie sich überhaupt theoretisch begründen ließe, sich praktisch nicht durchführen lassen. Sie läßt sich aber auch theoretisch nicht begründen.

a. Es geht nicht an, das Interesse am Verbrechen und die Selbständigkeit oder Abhängigkeit des Wollens des Verbrechens so von einander zu trennen, wie das Reichsgericht im Anschluß an v. Buri dies versucht. Wer wirklich und ernstlich ein Interesse an der Verübung eines Verbrechens hat, so zwar, daß er sich entschließt, zur Verübung mitzuwirken, der wird das Verbrechen stets auch selbständig wollen, der wird seinen Willen nicht mehr dem eines andern Mitwirkenden unterordnen.

Wer wirklich seinen Verbrechenswillen gänzlich von dem Verbrechenswillen eines Andern abhängig macht, der hat auch kein wirkliches Interesse an der Verübung des Verbrechens.

Umgekehrt aber: Verfolgung lediglich fremden Interesses und Selbständigkeit des Wollens des Verbrechens können ebensowenig neben einander existieren. Wer einmal das Existentwerden eines Verbrechens will, auch wenn der Mitwirkende es nicht will, der muß auch stets ein eigenes Interesse am Verbrechen haben.

b. Es giebt aber überhaupt kein unselbständiges Wollen eines Verbrechens in dem vom Reichsgericht, nach v. Buri, angenommenen Sinn. Würde der Mitwirkende in dem Augenblick, wo er für das Verbrechen wirksam wird, dasselbe nur wollen, wenn der andere Mitwirkende es will, dagegen es nicht wollen, falls der Andere es nicht will, so würde er überhaupt den auf die Entstehung des Verbrechens gerichteten Willen nicht besitzen, welchen das Reichsgericht — vgl. oben §§ 108, 109 — doch für den Gehülfen, wie für den Mitthäter verlangt. Ein solcher würde übrigens für das Verbrechen gewiß gar nicht thätig werden, zumal wenn er, was ja nach dem Reichsgericht mit der Abhängigkeit seines Willens zusammentreffen kann und regelmäßig zusammentreffen wird, gar kein eigenes Interesse an der Begehung des Verbrechens hat (vgl. oben S. 10 in Note 24).

So würde denn also von dem subjektiven Unterschied, welchen das Reichsgericht zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe finden will, in Wahrheit nichts anderes übrig bleiben, weil gar nichts anderes möglich ist, als daß die Mitthäter im

Digitized by Google

gemeinsamen, Jeder daher im eigenen, Interesse zum Verbrechen zusammenwirken, der Gehülfe aber lediglich im Interesse des Thäters mitwirkt. Nur davon reden auch die oben auf S. 224 genannten Urteile.

3. Sie ist positivrechtlich nicht beweisbar.

§ 117.

Diese subjektive Unterscheidung aber hat im positiven Recht keinen Grund und Halt. Denn

a. das Reichsstrafrecht läßt Zweck, Motiv und Interesse des strafbar Handelnden regelmäßig nur bei der Strafausmessung Berücksichtigung finden. Nur ausnahmsweise läßt es dieselben auch Strafänderung bewirken; nur selten verwertet es sie als Begriffsmerkmale. Wo es dies thun will, sagt es das ausdrücklich. Für die Unterscheidung zwischen Thäterschaft bezw. Mitthäterschaft und Beihülfe fehlt es an jedem derartigen Ausspruch. Vgl. oben S. 90.

b. Würde es trotzdem angehen bezw. geboten sein, jenen Unterschied in die §§ 47, 49 R.-Str.-G.-B. hineinzutragen, so würde er sofort auch zwischen Alleinthätern und Gehülfen statuiert werden müssen. Wie der Mitthäter im eigenen und fremden Interesse,

vgl. III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** vv. S. 336: „Vorsatz, die That als seine eigene bezw. die seiner Komplizen zu unterstützen und zur Vollendung zu bringen";

II. 16. Oktober 1883 E. IX. 75 **[82]** vv. S. 77: „Vorsatz, die That als seine und der Komplizen gemeinschaftliche zur Vollendung zu bringen";

III. 23. Oktober 1884 R. VI. 644 **[96]** vv. S. 647: „Hier will nicht eine fremde That, sondern die That als eigene und zugleich als die der Genossen gefördert werden";

III. 3. Mai 1886 R. VIII. 337 **[114]** vv.: „was Jeder . . . . zur Ausführung der That beitrug, führte er sowohl für sich, wie für seine Genossen aus";

so muß dann der Alleinthäter lediglich im eigenen, der Gehülfe lediglich im fremden Interesse handeln. Und wenn also Jemand allein, aber lediglich im Interesse eines Andern thätig wird, so könnte er jedenfalls nie als Thäter behandelt werden (vgl. auch oben Note 24 in.).

In der That hat das Reichsgericht diese Konsequenz gezogen: Die N. hatte den Versuch einer Abtreibung gemacht, der B. hatte ihr durch Rat und That wissentlich Hülfe geleistet. Die N. mußte von der Anklage aus § 218 R.-Str.-G.-B. freigesprochen werden,

Digitized by Google

„weil nicht erwiesen sei, daß sie sich für schwanger gehalten".

Die erste Instanz sprach infolgedessen auch den B. frei, weil das Verbrechen, zu welchem er Beihülfe leisten wollte, nicht in Existenz getreten sei. Der Staatsanwalt ergriff die Revision, weil B., wenn nicht als Gehülfe aus § 218, so doch als Alleinthäter aus § 220 hätte verurteilt werden müssen. Der I. Str.-S. erklärte diese Meinung in seinem Urteil vom 22. November 1888 E. XVIII. 229 **[161]** für unrichtig. Er giebt zu, daß

> „in der Beihülfe zu der von der Schwangeren gewollten Abtreibung und der eigenen Abtreibung einer Leibesfrucht ohne deren Willen derselbe äußere Vorgang gefunden werden kann",

daß also die Thäterhandlung des § 220 gegeben sei; er zweifelt auch nicht, daß B. die Abtreibung wollte, daß also der Thätervorsatz des § 222 vorliege. Aber er vermißt das eigene selbständige Interesse des Thäters:

> „denn der auf den Erfolg und die Unterstützung des Thäters gerichtete Wille deckt sich nicht mit dem Willen (Wollen) der That als einer eigenen".

Hier wird also für den Alleinthäter so gut, wie für den Mitthäter das Wollen der That als einer eigenen verlangt.

Auch hiervon weiß das geltende Recht nicht das Mindeste. Im Gegenteil. Gerade hier ist aus denjenigen Paragraphen, welche auf Zweck und Interesse des Alleinthäters Gewicht legen, das stärkste argumentum a contrario dafür zu entnehmen, daß in andern Paragraphen auf Zweck und Interesse des Alleinthäters gar nichts ankommt. Und mehr noch. Wo das geltende Recht Zweck und Interesse des Alleinthäters betont, da zeigt es vielfach direkt, daß es ihm gleichgültig ist, ob der Alleinthäter im eigenen oder im fremden Interesse handelt: ich meine jene Paragraphen, wo es für den Thatbestand die „Absicht, sich oder einem Dritten einen Vorteil zu verschaffen" postuliert. Ja es stellt endlich Thatbestände auf, zu deren Merkmalen es gehört, daß der Alleinthäter wesentlich nur im fremden Interesse — denn daß Jemand ausschließlich in fremdem Interesse ein Verbrechen begehen könnte, ist uns undenkbar: vgl. oben S. 10 in Note 24; S. 36, 37 zu Note 52; S. 90 zu Note 122 — thätig werde. Ich denke z. B. an die Begünstigung des § 257 R.-Str.-G.-B., wo das Beistandleisten um eigenen Vorteils wegen als Strafschärfungsgrund erscheint, mithin vorausgesetzt wird, daß der Begünstiger regelmäßig im fremden Interesse handle. Ich denke weiter an den Fall des § 289 vv.: „Wer ... eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigentümers derselben .....

Digitized by Google

wegnimmt". Ich denke endlich an § 212 Z. 1 der Konk.-O., welcher ausdrücklich verlangt, daß die dort verpönten Handlungen im Interesse eines Andern als des Thäters geschehen. Zwar will sich diesem letzteren Gesetz gegenüber das Reichsgericht in dem Urteil des I. Str.-S. vom 17. Januar 1884 E. IX. 430 **[86]** helfen, indem es von ihm sagt:

> „es setzt eine, wenn auch im Interesse des Schuldners, doch als eigene verübte That . . . . voraus".

Allein einmal steht davon nichts im Gesetz. Und sodann ist, wie oben in § 116 sub a gezeigt, ein solches Auseinanderreißen des Interesses an der That und des Wollens der That als einer eigenen oder fremden logisch überhaupt unzulässig.

4. Sie erweist sich in der Judikatur des Reichsgerichts selbst als unhaltbar.

§ 118.

Das Reichsgericht sieht sich denn auch außer Stand, seine theoretische Ansicht über den subjektiven Unterschied zwischen Thäterschaft bezw. Mitthäterschaft und Beihülfe praktisch dem R.-Str.-G.-B. gegenüber konsequent durchzuführen.

a. Es muß anerkennen, daß man bei jenen Verbrechen, zu deren Thatbestand das Gesetz verlangt die Absicht, sich oder einem Andern einen Vorteil zu verschaffen, Thäter sein könne, trotzdem man lediglich im Interesse eines Andern handelt. In dem oben zu Note 364 referierten Fall spricht es dies bezüglich des Betruges im Gegensatz zum Diebstahl, wo nach dem Gesetz der Thäter immer nur im eigenen Interesse handeln müsse, besonders klar aus:

> II. 10. Juni 1884 R. VI. 416 **[90]**: „Einen Diebstahl begeht nach § 242 des Str.-G.-B. nur derjenige, der bei der Wegnahme die Absicht hegt, sich die Sache zuzueignen;[416]) nicht derjenige, welcher dabei beabsichtigt, lediglich einem Andern die Zueignung vermöge der Wegnahme zu ermöglichen. § 242 a. a. O. spricht nicht etwa ähnlich, wie § 263 daselbst: von der Absicht „sich oder einem Dritten" die Sache zuzueignen".
>
> Vgl. auch noch II. 17. Mai 1881 R. III. 309 = E. IV. 177 **[38]** vv. S. 311: „Da der § 263 des Str.-G.-B. die Absicht des Handelnden erfordert, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, so ist es rechtlich ohne Bedeutung" [scil. für die Annahme der Thäterschaft des J.], „daß J. bei Ausführung der That den Ver-

[416]) Vgl. dazu weiter oben vv.: „Nach den vorausgeschickten Feststellungen hat L. für H. den Hund weggenommen und hat an dieser Wegnahme kein eigenes Interesse gehabt; womit zugleich gesagt ist, daß er die Absicht nicht gehabt hat, den Hund sich zuzueignen".

Digitized by Google

mögensvorteil auch des Angeklagten vor Augen hatte und nach der Abrede verfolgen sollte".

b. Es muß anerkennen, daß auch abgesehen von den sub a einbegriffenen Fällen das Handeln im eignen oder fremden Interesse für den Thäterbegriff gleichgültig sei. Nur Ein, m. E. schlagender, Beleg dafür sei hier hervorgehoben.

Der St. glaubte sich durch einen Staatsanwalt in seinen Rechten gekränkt. Er bat den B. ihm eine, seine Rechte wahrende Eingabe an die Oberstaatsanwaltschaft anzufertigen. B. that dies. St. billigte die Eingabe, unterzeichnete sie und reichte sie ein. Sie erwies sich als objektiv geeignet, die Staatsanwaltschaft zu beleidigen. St. wurde auf Grund des § 193 freigesprochen; B. aus § 185 R.-Str.-G.-B. bestraft, weil er berechtigte Interessen nicht wahrgenommen habe. Das Reichsgericht in dem Urteil des III. Str.-S. vom 24. Dezember 1879 R. I. 171 = E. I. 128 **[3]** vermißte in den Feststellungen der Vorinstanz die Angabe der Thatsachen, welche die Nichtanwendung des § 193 auf den B. rechtfertigen sollten und konstatierte dabei auf S. 172:

„Daß die im § 193 genannten Rechte oder berechtigten Interessen eigene Rechte oder Interessen auch des Mitthäters sein müßten, ist nicht erforderlich".

Diese Rechtsanschauung hat es auch in späteren Urteilen festgehalten. Vgl. noch

II. 21. September 1880 E. II. 251 **[16]** vv. S. 253: „Eine Unterscheidung zwischen Wahrnehmung eigener Interessen und der Wahrnehmung von Interessen eines Andern ist in dieser Gesetzesbestimmung nicht gemacht".

III. 9. Oktober 1880 E. III. 40 **[19]** auf S. 41.

II. 30. Juni 1882 R. IV. 648 = E. VI. 405 **[62]**.

Daraus ergiebt sich aber unmittelbar: waren die Interessen, die gewahrt werden sollten, keine berechtigten, oder sind die Voraussetzungen gegeben, unter welchen nach § 193 cit. der Schutz dieses Paragraphen wegfällt, dann wird nach der — sicher richtigen — Ansicht des Reichsgerichts der Beleidigende als Thäter gestraft, mag er nun zur Wahrung eigener oder fremder Interessen injuriiert haben.

c. Verlangt das Reichsgericht nicht notwendig für den Thäter ein Handeln im eigenen Interesse, so kann es daran auch für den Mitthäter nicht festhalten.

Ein Verlagsbuchhändler Sch. in New-York hatte ein in Sachsen geschütztes musikalisches Werk Gounod's in Sachsen durch den W. und den R. nachdrucken lassen. Sch. wurde wegen Mangels an rechtswidriger

Digitized by Google

Absicht freigesprochen; ebenso aber auch die lediglich als Gehülfen erachteten W. und R. auf Grund der akzessorischen Natur der Beihülfe. Das Reichsgericht erklärte in dem Urteil des III. Str.-S. vom 1. Oktober 1883 R. V. 561 = E. IX. 109 **[81]**, die Vorinstanz müsse sich erst noch durch eingehendere Prüfung der thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in die Lage setzen (S. 563):

> „sich bestimmter darüber schlüssig machen, ob vom Gesichtspunkte des in § 18 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 bezeichneten Thatbestandes der eine oder andere der Mitangeklagten, auch wenn sie hauptsächlich im pekuniären Interesse des Sch. gehandelt haben, doch als selbständige Mitveranstalter des ..... Nachdrucks zu erachten sind".

Das Reichsgericht wies dabei darauf hin (vgl. hierher oben S. 220), es scheine insbesondere der R.

> „eine so selbständige Thätigkeit entwickelt zu haben, daß sehr wohl in Frage kommen konnte, ob ihm nicht die volle Mitverantwortlichkeit für die Nachdrucksveranstaltung beizumessen ist".

d. Umgekehrt aber nimmt endlich das Reichsgericht in verschiedenen Urteilen Beihülfe an, auch wenn Jemand um des eigenen Vorteiles willen zum Verbrechen mitwirkte.

So der II. Str.-S. im Urteil vom 18. Januar 1881 E. III. 255 **[32]**. Der G. hatte Sachen, welche durch die zuständige Behörde beschlagnahmt waren, vorsätzlich bei Seite geschafft und der Verstrickung entzogen, indem er sie aus dem Hause schaffte und auf den Wagen lud, auf dem sie dann der W. in seine Behausung fuhr. Es wurde festgestellt, daß der W. die Sachen für eine Forderung, welche er an den G. hatte, an Zahlungsstatt angenommen hatte. Das Reichsgericht nahm Beihülfe zu dem Vergehen des § 137 R.-Str.-G.-B. an, trotz der „auf den eigenen Vorteil gerichteten Absicht" des W. —

So ferner wiederum der II. Str.-S. in dem Urteil vom 24. Juni 1881 R. III. 432 = E. IV. 302 **[42]**. Die H. hatte einen Abtreibungsversuch begangen, indem sie sich der D., welche ihr gegen Entgelt behufs Abtreibung konzentrierte Lauge einspritzte, zu dieser Manipulation darbot. Das Reichsgericht stellte die Rechtsansicht auf, daß die D. nicht als Thäterin weder des Verbrechens des § 218 Abs. 3, noch des § 218 Abs. 1 gestraft werden könne. Und zwar motivierte es diese Meinung, soweit es Thäterschaft ablehnte, auf S. 435 mit den Worten:

> „Nur in dem Falle, wenn die Abtreibung wirklich erfolgte, ist die That des Dritten, welcher dazu die Mittel mit Einwilligung der Schwangeren angewendet ꝛc. hat, als selbständiges Delikt unter Strafe gestellt,

Digitized by Google

während sonst die That in den Rahmen der allgemeinen Grundsätze über Teilnahme zurückfällt";

soweit es aber Beihülfe annahm, auf S. 436, 437 mit den Worten:

„Wenn § 49 [Str.-G.-B.] vorschreibt . . . . . [folgt der Inhalt des § 49], so ist durch die konstatierte „Beibringung der Mittel" zu der Abtreibung die Hülfsleistung seitens der Beschwerdeführerin zu dem Abtreibungsversuche der H. durch That und durch die konstatierte Beibringung der Mittel zu „der" Abtreibung und „mit Einwilligung der Schwangeren" die Richtung des Willens der Beschwerdeführerin auf diese Abtreibung, also deren Wissentlichkeit der Hülfeleistung genügend festgestellt und zum Ausdrucke gelangt".

Daß die D. gegen Entgelt, also um des eigenen Vorteils willen handelte, hinderte das Reichsgericht nicht, Beihülfe anzunehmen, vielmehr erklärt es, daß

„bei der Strafabmessung der Umstand, daß sie gegen Entgelt gehandelt, nur als strafschärfend zu berücksichtigen" sei. —

Ein weiterer hierher gehöriger Fall ist der durch Urteil des II. Str.-S. vom 7. Februar 1882 R. IV. 129 **[54]** entschiedene. Der N. hatte als Frachtfuhrmann Frachtstücke auf den Bahnhof zu fahren. Unterwegs forderte er den H. auf, einige Stücke wegzunehmen, was dieser auch in der Absicht that, diese Stücke sich bezw. dem N. rechtswidrig zuzueignen. An einen Diebstahl des H., meinte das Reichsgericht, sei wegen der Einwilligung des Gewahrsamsinhabers in die Wegnahme nicht zu denken.

„Die Sache liegt vielmehr rechtlich so, daß N., indem er den H. aufforderte, im beiderseitigen Interesse einen Teil der in seinem, des N., Gewahrsam befindlichen, fremden Sachen an sich zu nehmen und beiseite zu schaffen, und H. dieser Aufforderung nachkam, sich diese Gegenstände mit Hülfe des H. rechtswidrig zugeeignet, mithin eine Unterschlagung begangen hat, H. aber, indem er mit dem Bewußtsein, daß N. zu einer Verfügung über die fremden Sachen nicht befugt war, die Peitschenschnüre aus dem Sacke entfernte und im beiderseitigen Interesse beiseite schaffte, dem N. zur Begehung des Vergehens durch That wissentlich Hülfe geleistet, also sich einer Teilnahme an der Unterschlagung schuldig gemacht hat".

Aber warum denn, wenn N. und H. im beiderseitigen Interesse zu einer Unterschlagung zusammenwirkten, und auf die Art der Mitwirksamkeit eines Jeden nichts ankommen soll, Beihülfe und nicht Mitthäterschaft? —

Ganz dieselbe Frage endlich haben wir auch an den III. Str.-S. zu richten, wenn derselbe in dem Urteil vom 18. Dezember 1882 R. IV. 885 **[67]** Beihülfe, nicht Mitthäterschaft, annahm in nachstehendem Fall:

Der W. hatte aus der Kammer des Buchdruckers N. mehrfach diesem gehöriges Druckpapier entwendet. Die in Diensten des N. stehenden und in jener Kammer mit den Druckpapierbogen beschäftigten X.

Digitized by Google

und Y. hatten dies wissentlich geschehen lassen und waren hierfür vom W. mit Geld abgefunden worden.

Das Reichsgericht konstatierte zunächst, daß das zur Beihülfe erforderliche Requisit der Wissentlichkeit auf seiten des X. und Y. gegeben sei. Es beseitigte dann die Bedenken, welche man gegen die Annahme einer Beihülfe durch That aus dem rein passiven Verhalten der Beiden entnehmen könne. Damit erscheint ihm dann die Anwendung des § 49 R.-Str.-G.-B. als begründet. Die Frage nach dem Interesse wirft es überhaupt nicht auf und berücksichtigt demnach auch nicht, daß X. und Y. um ihres eigenen Vorteils willen zum Diebstahl des W. mitgewirkt haben. — —

So glauben wir bewiesen zu haben, daß das Reichsgericht nicht einmal hinsichtlich der begrifflichen Unterscheidung der Mitthäterschaft und der Beihülfe die von ihm adoptierte subjektive Theorie dem positiven Recht gegenüber festzuhalten vermochte.

Zweiter Titel.

Die Auffassung der Mitthäterschaft und der Anstiftung im Verhältnis zur Thäterschaft und der Anstiftung im Verhältnis zur intellektuellen Beihülfe.

Erstes Kapitel.

Das Verhältnis der Mitthäterschaft zur Thäterschaft.

§ 119.

Noch viel weniger war das Reichsgericht hinsichtlich der übrigen aus der subjektiven Teilnahmetheorie sich ergebenden Konsequenzen imstande, diese Theorie dem Gesetz gegenüber zu vertreten.

So zunächst hinsichtlich der Konstruktion der verschiedenen Teilnahmeformen gegenüber der Thäterschaft.

Für die subjektive Teilnahmetheorie sind, wie oben in § 21 S. 47 ff. gezeigt, Mitthäterschaft und Anstiftung keine besonderen Schuldformen neben der Thäterschaft. Was den Mitthäter und den Anstifter vom Thäter unterscheidet, ist etwas rein Faktisches. Juristisch ist der Mitthäter und der Anstifter nichts weiter als ein Thäter: jeder von ihnen

Digitized by Google

verursacht das Verbrechen ganz, jeder von ihnen will es ganz, jeder von ihnen will es animo auctoris. Darum gebraucht die subjektive Theorie für alle drei gerne den Ausdruck Urheber. Ihm steht dann der physische oder intellektuelle Gehülfe gegenüber, juristisch die einzige Teilnahmeform: zwar auch er verursacht das Verbrechen ganz, auch er will es ganz, aber nur animo adjutoris.

Ganz anders das Reichsgericht.

Vorerst hinsichtlich der Konstruktion der Mitthäterschaft gegenüber der Thäterschaft.

v. Buri gelangt von seiner Kausaltheorie aus ganz richtig zu der Konsequenz: der Mitthäter ist Thäter, weil er durch seine Mitwirksamkeit das ganze Verbrechen selbst verursacht und dies auch animo auctoris will. Es bedarf also, um jeden Mitthäter „als Thäter" bestrafen zu können, nicht der Konstatierung einer Willenseinigung unter den Mitthätern, wodurch Jeder sich aneignet, was der Andere zum Verbrechen beigetragen, wie das die objektive Theorie verlangen muß (vgl. oben S. 126, 129). Wir sahen ja, wie v. Buri diese „Aneignungstheorie" mit den Vorwürfen bekämpft, sie wolle die fehlende Kausalität durch die Verschuldung ersetzen (s. oben § 59) und führe zur alten Komplotttheorie zurück (s. oben §§ 24, 65 S. 139).

§ 120.

Das Reichsgericht dagegen vergißt bei der Konstruktion der Mitthäterschaft gegenüber der Thäterschaft seine Kausaltheorie vollständig. Es stellt für die Mitthäterschaft folgende Erfordernisse im Einzelnen auf:

Es verlangt, daß ein jeder Mitthäter zum Erfolg durch seine Wirksamkeit beitrage, also eine Bedingung des Verbrechens setze; vgl. z. B.:

III. 9. Oktober 1880 R. II. 308 = E. III. 7 **[18]** vv.: „gemeinsames Zusammenwirken zur Ausführung der That";

III. 1. Juli 1885 R. VII. 453 **[100]** S. 456 vv.: „der Beitrag, den jeder Einzelne zu der Ausführung leistet";

III. 18. März 1886 R. VIII. 189 = E. XIV. 28 **[109]** vv.: „kann nur derjenige als Mitthäter betrachtet werden, der zur Ausführung durch seine Kräfte beiträgt";

I. 10. Mai 1886 R. VIII. 348 **[116]** vv.: „es genügte die Thatsache, daß jeder der Angeklagten zur Begehung der gemeinschaftlich gewollten ..... That in irgend einer Weise thätig mitgewirkt hat".

Es verlangt ferner, daß jeder Mitthäter den Verbrechenserfolg als Resultat der gemeinschaftlichen Thätigkeit gewollt habe; vgl. die drei eben zitierten Urteile:

Digitized by Google

[18] vv. (mit Bezug auf einen gemeinschaftlich verübten Hausfriedensbruch): „sondern ist weiter ein auf widerrechtliches Eindringen übereinstimmend gerichteter Wille der Handelnden erforderlich";

[109] vv.: „das Resultat der Gesammtmitwirkung aller Mitthäter ist also dasjenige, worauf sich der Vorsatz jedes Einzelnen ..... zu richten hat";

[116] vv.: „gemeinschaftlich gewollten ..... That";

und dazu noch IV. 7. Mai 1886 R. VIII. 346 = E. XIV. 119 **[115]** vv. S. 347: „die Mitthäterschaft bedingt aber, daß jeder der Thäter nicht nur den Willen hat, die That zu verüben, sondern auch den Willen, durch seine Thätigkeit zugleich dieselbe, in der Absicht der Anderen liegende, That zu verwirklichen".

Es verlangt endlich, daß jeder Mitthäter das Verbrechen als eigenes wolle: vgl. die oben in § 106 aufgeführten Aussprüche.

Dann aber müßte es, da nach seiner Kausaltheorie jeder eine Bedingung des Erfolges Setzende denselben ganz verursacht, und da auch alle andern Merkmale der Thäterschaft vorliegen, in jedem Mitthäter ohne Weiteres einen Thäter sehen und die Bedrohung eines jeden Mitthäters mit der Strafe des Thäters (§ 47 R.-Str.-G.-B.) als etwas beim Vorliegen obiger drei Momente Selbstverständliches betrachten.

Statt dessen verlangt es, daß zwischen den Mitthätern, damit Jeder als Thäter bestraft werden könne, auch noch Willenseinigung, gegenseitiges Einverständnis, gegenseitig bewußtes Zusammenwirken bestehen müsse:

III. 9. Oktober 1880 R. II. 308 = E. III. 7 **[18]** vv.: „Nicht sowohl, jedenfalls nicht allein in dem rein äußerlichen Moment des Zusammenwirkens einer Anzahl von Personen bei dem Hausfriedensbruch, sondern auch und vorzugsweise in der Vereinigung ihres Willens zu einem widerrechtlichen Zwecke liegt der Grund der Strafschärfung des Abs. 3 des § 123";

III. 17. Dezember 1881 E. V. 306 **[51]** s. oben auf S. 235;

III. 11. Januar 1883 E. VIII. 42 **[68]** vv.: „Mit Recht nimmt das Instanzgericht an, daß eine Mitthäterschaft nicht einer vorherigen Verabredung bedarf. Nicht einmal eine stillschweigende, der Verübung der strafbaren Handlung vorausgehende Einigung ist erforderlich; wohl aber ein, wenn auch erst während der Ausführung der That entstandenes, Einverständnis. Das Zusammenwirken muß ein gewußtes und gewolltes sein."

Vgl. ebenda S. 44, wo für die Mitthäterschaft verlangt wird ein Handeln „in dem Bewußtsein und mit dem Willen gegenseitiger Unterstützung".

III. 1. Juli 1885 R. VII. 453 **[100]**: s. oben auf S. 235.

I. 24. Juni 1886 R. VIII. 481 **[120]**: s. oben auf S. 193.

Gerade erst diese Willenseinigung, dieses Einverständnis,

Digitized by Google

dieser „gemeinschaftliche Dolus“ soll es sein, der jeden Mitthäter als Thäter verantwortlich macht:

II. 13. Februar 1885 R. VII. 102 = E. XII. 8 **[98]** vv. S. 103: „Allerdings ist zur Mitthäterschaft der Vorsatz jedes Beteiligten erforderlich, daß er durch seine Handlung mit den Handlungen der übrigen zu gemeinsamem Ziele zusammenwirke (E. VIII. 42)[417]. Diese Gemeinschaft des Willens hat zur Folge, daß jeder Mitthäter nicht bloß seine eigene Thätigkeit, sondern auch die der anderen zu verantworten hat, soweit sein Wille dahin ging, sich der fremden Thätigkeit, als Ergänzung der seinigen zum gemeinsamen Ziele zu bedienen.“

I. 7. Dezember 1885 R. VII. 720 = E. XIII. 121 **[104]** vv. S. 722: „Allein, wenn hierbei der herbeigeführte Erfolg jedem der Beteiligten zum vollen Verschulden angerechnet werden soll, so muß ein gegenseitiges Einverständnis und ein gemeinschaftliches Zusammenwirken vorausgesetzt werden“.

IV. 7. Mai 1886 R. VIII. 346 = E. XIV. 119 **[115]** vv.: „Vermöge seines mit den übrigen Mitthätern gemeinschaftlichen Dolus und vermöge seiner unmittelbaren Beteiligung an der Ausführung der That wird er für den Gesammterfolg verantwortlich, soweit dieser eine Folge des gemeinsamen verbrecherischen Willens ist.“

§ 121.

Das Reichsgericht verfällt mit diesen Entscheidungen in dieselbe Inkonsequenz, welche v. Buri schon vor dreißig Jahren gewissen Vertretern seiner Kausalitätstheorie vorwerfen mußte:[418]) es ignoriert seine sonstige Kausalitäts- und subjektive Teilnahmetheorie. Freilich wird ihm diese Inkonsequenz durch unser positives Recht aufgenötigt: das „gemeinschaftlich ausführen“ des § 47 R.-Str.-G.-B. fordert, wie auch v. Buri (s. oben S. 137 zu Note 238) ganz richtig konstatiert hat, eine unter den Mitthätern bestehende Willenseinheit. So legt auch das Reichsgericht jene Worte aus:

III. 9. Oktober 1880 R. II. 308 = E. III. 7 **[18]** vv. S. 310: „fehlte es an dem durch die Gemeinschaft des Dolus bedingten Begriffsmerkmale der „gemeinschaftlichen Begehung“ der Strafthat durch Mehrere“;

III. 17. Dezember 1881 E. V. 306 **[51]**, soferne hier nach den oben auf S. 235 wiedergegebenen Worten fortgefahren wird: „An der Feststellung dieses

---

[417]) S. auf der vorigen Seite **[68]**.

[418]) Er sagt in seiner Teilnahme (1860) S. 18: „Gerade darum aber, weil Köstlin, Berner und Hälschner .... trotz der von ihnen behaupteten Wesentlichkeit einer jeden für den Erfolg wirksamen Thätigkeit und ihrer subjektiven Unterscheidung zwischen urheberischer und beihelfender Absicht gleichwohl eine durch Verabredung oder durch Zufall geschaffene gegenseitig bewußte Gemeinsamkeit des Willens zu einer gleichen Strafbarkeit sämtlicher Personen, welche in urheberischer Absicht für das Verbrechen thätig geworden sind, für notwendig erachten, fallen sie nach dem Prinzip der objektiven Kausalität zurück.“

Digitized by Google

Mittelgliedes" (scil. der Willenseinigung), „welche sodann erst den Schluß auf das Vorhandensein der Gemeinschaft der Thäter ermöglicht";

III. 1. Juli 1885 R. VII. 453 **[100]**: s. oben auf S. 235;

II. 16. April 1886 R. VIII. 286 = E. XIV. 92 **[111]**: s. oben auf S. 235.

II. 1. Oktober 1886 R. VIII. 577 = E. XIV. 344 **[124]** vv. S. 578 unten: „so stand fest, daß damals das bewußte Zusammenwirken beider Angeklagten und somit die Gemeinschaftlichkeit ihres Handelns aufgehört habe".

Aber wie konnte sich das Reichsgericht, einmal bei dieser richtigen Interpretation des § 47 (s. oben unseren § 65) angelangt, noch länger der Erkenntnis verschließen, daß der zitierte § 47 überhaupt auf der objektiven Teilnahmetheorie ruhe, und daß daher seine, des Reichsgerichts, subjektive Unterscheidung der Mitthäterschaft und der Beihülfe (s. oben unseren § 106) gegen das Gesetz sei?

§ 122.

Vollständig auf dem Boden der objektiven Teilnahmetheorie steht denn auch das Reichsgericht, wenn es des Weiteren — getreu seiner im Urteil des III. Str.-S. vom 7. Mai 1883 E. VIII. 299 **[73]** auf S. 301 ausgesprochenen Ansicht, daß es sich bei jeder Teilnahme im strengen Sinn

„um .... durch ein gemeinsames verbrecherisches Wollen verbundene Thätigkeitsakte"

handle — auch die Mitthäterschaft unter die Teilnahme im strengen Sinn rechnet:[419])

III. 29. November 1879 E. I. 110 **[2]**, wo die Mitthäterschaft als „Teilnahme" *κατ' ἐξοχήν* neben die Anstiftung und Beihülfe gestellt wird;

III. 8. Mai 1880 E. II. 154 **[10]** vv. S. 155: „wenn Adolf H. das Kind tödtete und Amalie H. sich hieran entweder als Mitthäterin oder als Gehülfin beteiligte", und weiter unten mit Beziehung auf diese Worte: „gleichgültig welcher Grad der Teilnahme dabei zu erwähnen war";

II. 9. Januar 1883 R. V. 23 **[67 a]** vv.: „die Mitthäterschaft aus § 47 des Str.-G.-B. ..... fällt, wenn sie auch gleich der Thäterschaft bestraft werden soll, im Systeme des Str.-G.-B. unter den Begriff der Teilnahme";

III. 7. Mai 1883 E. VIII. 299 **[73]** vv. S. 300: „Teilnahme im engern Sinn der §§ 47—49 Str.-G.-B.";

---

[419]) S. freilich auch II. 2. Juni 1885 R. VII. 341 **[99]** vv. S. 343: „Indem die beiden Mitangeklagten das von B. Gethane nachträglich billigten, wurden sie nicht Mitthäter oder Teilnehmer daran"; ferner F.-S. 26. August 1885 R. VII. 503 = E. XII. 347 **[101]** oben S. 220 und endlich I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]** vv. S. 314: „Es ist also die ..... Ansicht, als ob der Anstifter ..... stets einem der Thäter oder Mitthäter der strafbaren Handlung gleich zu behandeln sei, vom Strafgesetze abgelehnt, der Anstifter vielmehr lediglich als Teilnehmer der von einem Anderen begangenen strafbaren Handlung angenommen".

Digitized by Google

I. 15. November 1883 R. V. 688 **[84]** vv. S. 689: „Gesichtspunkt einer gemeinschaftlichen Thätigkeit oder sonstigen Beteiligung im Sinne der §§ 47 ff. des Str.-G.-B.“;

III. 4. April 1889 E. XIX. 213 **[167]** vv. S. 214: „Die Annahme, daß ein Teilnehmer an einer That als Mitthäter gehandelt hat, ... betrifft also keinen Neben-, sondern einen Hauptpunkt der Entscheidung“.

Und nicht minder, wenn es die Mitthäterschaft scharf von der Mehrthäterschaft trennt:

III. 9. Oktober 1880 R. II. 308 = E. III. 7 **[18]** vv.: „Dazu“ (zur Mitthäterschaft) „genügt nicht ein gemeinsames Zusammenwirken zur Ausführung der That“ (dies würde nur Mehrthäterschaft begründen), „sondern ist weiter ein auf widerrechtliches Eindringen übereinstimmend gerichteter Wille der Handelnden erforderlich“;

I. 16. Juni 1881 R. III. 409 = E. IV. 261 **[41]** vv.: „Die Vorschrift des § 293 setzt voraus, daß das Vergehen, dessen Thatbestand § 292 Str.-G.-B. vorzeichnet, gemeinschaftlich von Mehreren begangen sei. Hiernach genügt es nicht, daß von Mehreren nebeneinander gleichzeitig Jagdausübungshandlungen vorgenommen wurden, welche je unter das Str.-G.-B. fallen, sondern es müssen gegen Jeden der Mehreren alle Thatbestandsmerkmale eines und desselben Vergehens als nachgewiesen vorliegen.“

III. 11. Januar 1883 E. VIII. 42 **[68]** vv. S. 43/44: „Es ist nur festgestellt, daß jeder von ihnen (den Angeklagten) auf den Förster einen Schuß abgefeuert habe, und daß die Absicht beider Angeklagten gewesen sei, den Förster G. durch Abfeuern des Schusses unschädlich zu machen. Hiermit ist lediglich ausgesprochen, daß jedem der beiden Angeklagten der zum Thatbestande des Widerstandes gehörige Dolus beiwohnte, nicht aber, daß sie den Dolus *gemeinschaftlicher* Verübung hatten“: daher sei § 119 Str.-G.-B. nicht anwendbar.

II. 13. Februar 1885 R. VII. 102 = E. XII. 8 **[98]** vv. S. 104: „Vielmehr ist die Thätigkeit jedes Mitthäters mit der der übrigen nur insoweit zu einer gemeinsamen That verbunden, als das gegenseitige Einverständnis reicht. Jenseits dieser Grenze kann ein zufälliges Zusammenwirken der von Mehreren ausgegangenen Thätigkeit, aber nicht Mitthäterschaft statthaben.“

III. 1. Juli 1885 R. VII. 453 **[100]** vv.: „Jeder der beiden Angeschuldigten hat sich des Vergehens gegen den § 117 schuldig gemacht, und zwar so, daß er einen gesetzlichen Thatbestand, der daselbst mit Strafe bedroht wird, vollständig in seiner Person und durch seine That erfüllte; insoweit würde daher auf die Gemeinschaftlichkeit praktisch nichts ankommen.[420]) Allerdings wird aber dieser letztere deshalb erheblich, weil der Instanzrichter zugleich den § 119 des Str.-G.-B. angewandt hat“

---

[420]) Hier ist völlig richtig erkannt, daß § 47 überflüssig wäre, wenn und soweit er sich auf die Mehrthäterschaft bezöge: s. *meine* Ausführungen gegen *Olshausen* oben in § 43.

Digitized by Google

(der nach dem Reichsgericht — S. 455 unten ebenda — Mitthäterschaft voraussetzt).

Nach der subjektiven Teilnahmetheorie ist der Mitthäter kein Teilnehmer sondern selbständiger Thäter (s. oben § 21); und ein juristischer Unterschied zwischen Mitthätern und Mehrthätern ist nach ihr nicht auffindbar.

Es ist endlich nur eine Konsequenz der hier völlig von der subjektiven Theorie abtrünnig gewordenen Rechtsprechung des Reichsgerichts, wenn es in dem vorhin zitierten Urteil des II. Str.-S. vom 9. Januar 1883 **[67 a]** in der Verurteilung wegen Mitthäterschaft, nachdem wegen Thäterschaft angeklagt war, eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes (§ 264 R.-Str.-P.-O.) sieht, während nach der subjektiven Theorie (oben § 119) Thäterschaft und Mitthäterschaft rein faktische Unterschiede darstellen.

Zweites Kapitel.

Das Verhältnis der Anstiftung zur Thäterschaft.

§ 123.

Auch bezüglich der Anstiftung bleibt das Reichsgericht seinem Ausgangspunkt nicht treu. Ja es verteidigt hinsichtlich ihrer in verschiedenen Urteilen ganz entgegengesetzte juristische Konstruktionen.

v. Buri zieht die Konsequenz seiner Kausalitätslehre dahin, daß der Anstifter, weil er eine Bedingung des vom Angestifteten begangenen Verbrechens setzt, dieses selbst verursacht. Und weil er nun das Verbrechen auch will und zwar animo auctoris will, so ist der Anstifter selbst Thäter, Urheber des vom Angestifteten begangenen Verbrechens. Er ist der intellektuelle, der Thäter der physische Urheber desselben.

Vgl. oben §§ 12 und 21.

Es fehlt nicht an Urteilen, in welchen das Reichsgericht völlig die nämliche Konsequenz zu vertreten scheint.

Zunächst spricht es in einer Reihe von Erkenntnissen aus, daß der Anstifter den Verbrechensentschluß des Angestifteten verursache, erzeuge:

III. 2. März 1881 R. III. 93 **[35]** vv. S. 94: „Der Ausdruck „bestimmt hat durch u. s. w." bringt aber auch zum Ausdruck, daß durch das betreffende Mittel der Wille des Thäters zur Ausführung der That hervorgerufen ist."

Digitized by Google

III. 25. Juni 1883 R. V. 463 = E. IX. 22 **[79]** vv. S. 464: „Immerhin wird durch die jetzige Fassung (des § 48 R.-Str.-G.-B.) klarer (als durch § 34 preuß. Str.-G.-B.) zum Ausdruck gebracht, daß die Anstiftung äußerlich in die Erscheinung treten und sich verkörpern muß durch irgend eine greifbare Form psychischen Einwirkens, welche vom verbrecherischen Willen des Anstifters aus den Willen des Angestifteten aktuell in Bewegung setzt, und in dem letzteren einen wirksamen Beweggrund schafft, der zum verbrecherischen Entschluß und zur strafbaren That führt."

III. 2. Juli 1883 R. V. 480 **[80]** [nimmt auf das vorstehende Urteil völlig Bezug].

I. 7. Dezember 1885 R. VII. 720 = E. XIII. 121 **[104]** vv.: „Ist Jemand bereits zu einer That entschlossen, sei es auf Grund eigenen Entschlusses oder infolge der Anstiftung eines Anderen" ꝛc.

III. 18. Januar 1886 R. VIII. 63 = E. XIII. 265 **[105]** vv. S. 64: „dem den Verbrechenswillen erst erzeugenden Anstifter".

II. 22./25. Juni 1886 R. VIII. 474 = E. XIV. 236 **[119]** vv. S. 478: „Als Veranlasser des Nachdrucks ist jeder anzusehen, welcher ..... einen Andern zur Veranstaltung eines Nachdrucks bestimmt. Es wird daher erfordert, daß Jemand in einem Andern, welcher ..... einen Nachdruck veranstaltet, den Entschluß zur Veranstaltung des Nachdrucks hervorgerufen hat."

Hat aber auf solche Weise der Anstifter unbestreitbar eine Bedingung des vom Angestifteten begangenen Verbrechens gesetzt, so hat er nach der vom Reichsgericht adoptierten Kausalitätslehre den verbrecherischen Erfolg selbst verursacht. So denn auch:

II. 9. Dezember 1881 R. III. 782 = E. V. 227 **[50]** vv. S. 783: „Der Anstifter muß also durch die vorsätzliche Bestimmung des Thäters die Ursache der von diesem begangenen strafbaren Handlung geworden sein"; S. 784: „Er haftet also nur für die von ihm vorsätzlich, d. h. mit dem Bewußtsein der Kausalität seines Thuns, hervorgerufene Handlung"; „die durch die Anstiftung verursachte Mißthat"; „die durch den Anstifter herbeigeführte Hauptthat ist als die ihm zuzurechnende strafbare Handlung anzusehen."

II. 30. Dezember 1881 R. III. 837 = E. V. 282 **[52]** vv. S. 840: „Der Umstand, daß die Hauptthat sich als eine Wirkung des Anstiftungsaktes darstellen muß."

I. 22. Juni 1882 R. IV. 599 **[61]** vv.: „Das Gesetz hat hiernach zum strafrechtlichen Begriff der Anstiftung gefordert, daß Jemand durch seine Thätigkeit vorsätzlich die Ursache der von einem Anderen begangenen strafbaren Handlung geworden ist."

III. 13. November 1882 R. IV. 812 **[66]** vv. S. 813: „Daß der Gefangene mittelst Anstiftung zu der ... seine Befreiung bewirkenden Thätigkeit eines Dritten ..... das Vergehen aus § 120 oder 121 des Str.-G.-B. verursacht."

III. 25. Juni 1883 R. V. 463 = E. IX. 22 **[79]** vv. S. 465: „zu prüfen,

Digitized by Google

ob seitens des der Anstiftung Beschuldigten .... eine psychische Einwirkung auf den Thäter stattgefunden habe, welche ..... wirklich mit der vom Anderen verübten strafbaren That in ursächlichem Verhältnis stehe".

II. 25. März 1884 R. VI. 219 **[87]** vv. S. 221: „Das Gesetz (§ 48 a. a. O.) hat, um desto gewisser außer Zweifel zu stellen, daß die strafbare That des Einen durch die von einem Anderen ausgeübte Bestimmung des Willens hervorgerufen worden, für angezeigt erachtet ..... Für die Anstiftung genügt es daher im vorliegenden Fall, daß der Beschwerdeführer durch ein Versprechen in Ernst K. den Entschluß zur Begehung des Diebstahls hervorgerufen und dadurch die Begehung des Diebstahls herbeigeführt hat."

I. 7. Dezember 1885 R. VII. 720 = E. XIII. 121 **[104]** vv.: „Nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes muß der Anstifter den Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung „„bestimmt"", er muß den Entschluß zur Begehung der Handlung hervorgerufen haben, die Handlung muß also durch die Anstiftung verursacht sein."

II. 1. Februar 1887 R. IX. 107 **[128]** vv.: „Aus dem Begriff der Anstiftung in § 48 des Str.-G.-B. folgt, daß der bewußte Wille des Anstiftenden auf die Bestimmung des Thäters zur Verübung der demnächst von demselben begangenen strafbaren Handlung gehen, daß ein dem Anstiftenden bewußter ursachlicher Zusammenhang zwischen der Anstiftung und ihrem Mittel und der konkreten Strafthat bestehen muß."

Kein Zweifel ferner, daß der Anstifter den verbrecherischen Erfolg auch gewollt hat. Das Reichsgericht folgert dies zutreffend (vgl. oben § 64 sub b) aus der Bestimmung des § 48 Abs. 2 R.-Str.-G.-B., daß den Anstifter die Strafe derjenigen Handlung treffe, zu welcher er wissentlich angestiftet hat:

II. 9. Dezember 1881 R. III. 782 = E. V. 227 **[50]**.

Vgl. ferner die Urteile:

II. 14. Juni 1881 R. III. 391 = E. IV. 252 **[40]** vv. S. 393: „Diese Motivierung geht von der nach § 48 des Str.-G.-B. begründeten Ansicht aus, daß eine Anstiftung im Sinne des Gesetzes nur dann vorliege, wenn der Vorsatz des Anstifters dahin gegangen sei, daß der Andere die That unter den ihre Strafbarkeit begründenden Voraussetzungen begehe."

III. 9. Juli 1881 E. IV. 367 **[44]** vv. S. 370: „Die Verurteilung des Angeklagten als Anstifter .... setzte also den Nachweis und die Feststellung voraus, daß der Dolus des Angeklagten als Anstifter ..... sich auf die Verübung der strafbaren Handlungen der Angestifteten in ihrem ganzen Umfange erstreckt";

weiter das oben genannte Erkenntnis:

II. 1. Februar 1887 R. IX. 107 **[128]** vv. S. 108: „Dem Gesetz genügt nicht die Bestimmung eines Andern zu einer verbrecherischen Gesinnung oder Willensrichtung überhaupt ....., wenn nicht .... die Verübung

Digitized by Google

der demnächst begangenen konkreten Strafthat erweislich im Willen des Auffordernden gelegen hat";

und endlich:

I. 17. Februar 1887 R. IX. 139 = E. XV. 315 **[130]** vv. S. 140: „Diese allgemeinen Erwägungen führen dazu, sowohl den Anstifter als den Gehülfen nur strafbar zu erachten, wenn und soweit ihr Wille auf Ausführung der Strafthat gerichtet ist". S. 141: „Ebenso wie in § 49 das Wort „wissentlich", wird aber auch in § 48 das Wort „„vorsätzlich"" nicht bloß den Sinn haben, daß der Anstifter den Willen des Thäters vorsätzlich bestimmt habe, sondern auch noch den weiteren, daß er selbst auch den Willen habe, die Ausführung der That herbeizuführen . . . . . Gerade bei der Anstiftung muß noch mehr als beim Gehülfen der auf Ausführung der That gerichtete Wille von Bedeutung sein, da das Gesetz dem Anstifter die gleiche Strafe androht, wie dem Thäter."

Da nun endlich das Reichsgericht auch annimmt, daß der Anstifter das Verbrechen animo auctoris herbeiführen will, — es spricht dies allerdings soviel ich sehe nirgends direkt aus, aber indirekt dadurch, daß es den Anstifter als intellektuellen Urheber charakterisiert (s. hier unten) und stillschweigend dadurch, daß es einzig und allein vom Gehülfen sagt (vgl. die Stellen oben in § 106), er wolle die That als eine fremde —, so gilt nach diesen Prämissen für den Anstifter der „allgemeine Rechtssatz", welchen das Urteil des III. Str.-S. vom 17. Januar 1880 E. I. 146 **[5]** auf S. 149 dahin formuliert:

„daß, wer sich einer fremden Hand zur Ausführung einer That bedient, für diese That ebenso haftet, als wenn er sie unmittelbar selbst ausgeführt hätte, also, sofern nicht sonstige hier nicht in Betracht kommende Verhältnisse dieses ausschließen, im Sinne des Strafgesetzbuches als Thäter dafür haftet."[421])

Das heißt, es würde sich aus dem Allen mit logischer Notwendigkeit ergeben, daß das Reichsgericht, wie v. Buri, im Anstifter einen Thäter, Urheber, den intellektuellen Urheber des Verbrechens erblicken muß.

In der That finden sich in seiner Judikatur dahinzielende Aussprüche:

In dem Urteil des F.-S. vom 10. August 1881 E. IV. 377 **[45]** wird die Anwendbarkeit der Nebenstrafen des § 161 R.-Str.-G.-B. auf den Anstifter zum Meineid gerechtfertigt

„durch die Betrachtung, daß der Anstifter zum Meineide als intellektueller Urheber des Verbrechens sachlich dem Meineidigen ganz gleich steht".

[421]) Vgl. auch II. 5. März 1880 R. I. 429 = E. I. 250 **[6]** vv. S. 431: „Nach allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts ist Jeder für dasjenige verantwortlich, was er seiner Absicht gemäß, sei es selbst oder durch Andere, vollführt."

Digitized by Google

Im Urteil des I. Str.-S. vom 24. Oktober 1881 R. III. 632 **[47]** werden der „Anstifter" und der „physische Urheber" einander gegenüber gestellt.

Im Urteil des II. Str.-S. vom 9. Dezember 1881 R. III. 782 = E. V. 227 **[50]** wird zwar etwas vorsichtiger gesagt:

S. 784: „Dann wird der Anstifter so bestraft, als ob er der Urheber der verübten Hauptthat wäre",

S. 785: „als ob er der Urheber der sieben selbständigen Diebstähle wäre".

Aber im Urteil des I. Str.-S. vom 24. März 1887 R. IX. 191 = E. XV. 359 **[133]** heißt es wieder (mit Bezug auf § 49 a R.-Str.-G.-B.):

„Denn es kann nicht bestritten werden, daß die That des Aufforderns zur Begehung eines Verbrechens als der mißlungene Versuch, dasselbe durch intellektuelle Wirksamkeit zu verursachen, anzusehen ist."

§ 124.

Diese ganze Konstruktion der Anstiftung ist nach unserem positivem Recht unmöglich; dem Reichsgericht selbst konnte dies nicht entgehen.

Denn unser positives Recht ist auf die Annahme der Willensfreiheit basiert (vgl. oben § 52), wie dies das Reichsgericht selbst ganz richtig erkennt:

III. 25. Juni 1883 R. V. 463 = E. IX. 22 **[79]**, wo konstatiert wird, „daß es für das Wesen der Anstiftung gleichgültig ist, welcher Mittel der Anstifter sich bedient hat, um den Andern zum Entschlusse und zur That zu bestimmen, wofern sie nur von der Art sind, daß sie die freie Selbstbestimmung des Thäters nicht ausschließen";

III. 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]**: „Von „„Handlung"" im Sinne des Strafrechts und überhaupt im Sinne des Rechts kann nur dann die Rede sein, wenn das, was eine Person äußerlich that, seinen Ursprung in dem freien Willen dieser Person hatte".

Vgl. auch IV. 20. September 1887 R IX. 447 **[140]**.

Die Annahme der Willensfreiheit aber verbietet die Annahme, daß der Anstifter den Willensentschluß des Angestifteten und dadurch dessen verbrecherische Handlung „verursache" (vgl. oben S. 27 zu Note 44).

Ebenso beweist die scharfe Scheidung der Anstiftung von der Thäterschaft und der Mitthäterschaft im R.-Str.-G.-B., daß unser geltendes Recht den Anstifter nicht als Thäter, nicht als intellektuellen Urheber des Verbrechens des Angestifteten auffasse (vgl. auch S. 84 zu Note 107).

Und so wird denn auch die oben referierte Konstruktion der Anstiftung von einer Anzahl anderer Urteile des Reichsgerichts Schritt für Schritt desavouiert.

Digitized by Google

Es wird betont, daß die That des Anstifters zur Anstiftungshandlung nicht in dem Verhältnis des Erfolges zur verursachenden Handlung stehe:

II. 30. Dezember 1881 R. III. 837 = E. V. 282 **[52]** vv.: „Denn es giebt neben der Handlung im weiteren Sinne und dem schließlichen Erfolge noch eine Reihe besonderer Umstände, welche, ohne immer zu dem einen oder anderen zu gehören, Vorbedingungen für die Existenz gewisser strafbarer Handlungen bilden. . . . . Hierhin gehört auch die Hauptthat gegenüber der Anstiftung";

daß der Anstifter die Handlung des Angestifteten nicht bewirke:

III. 19. Oktober 1885 E. XIII. 52 **[102]**, wo ausgeführt wird, daß unter das „Bewirken der falschen Beurkundung" in § 271 R.-Str.-G.-B. die Anstiftung des Beamten, welche ihn zur Vornahme der Beurkundung bestimmt, nicht zu subsumieren sei;

daß also der Anstifter nicht intellektueller Urheber des vom Angestifteten begangenen Verbrechens sei:

I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]** vv. S. 314: „Richtig ist allerdings, daß gemäß § 48 Abs. 2 des Str.-G.-B. die Strafe des Anstifters nach demjenigen Gesetze festzusetzen ist, welches auf die Handlung Anwendung findet, welche der Thäter begangen und zu welcher jener angestiftet hat. Es ist also die anscheinend vom ersten Richter adoptierte Ansicht, als ob der Anstifter ein (intellektueller) **Urheber** der That und deshalb stets einem der Thäter oder Mitthäter der strafbaren Handlung gleich zu behandeln sei, vom Strafgesetze abgelehnt, der Anstifter vielmehr lediglich als Teilnehmer der von einem Anderen begangenen strafbaren Handlung angenommen."

Es werden Thäterschaft und Anstiftung, insbesondere auch mittelbare Thäterschaft und Anstiftung, in scharfem Gegensatz einander gegenübergestellt:

III. 17. Januar 1880 E. I. 146 **[5]** vv. S. 149: „nicht als Anstifter, sondern als Thäter zu behandeln".

II. 5. März 1880 R. I. 429 = E. I. 250 **[6]** vv. S. 431: „Im ersteren Falle würde . . . . . der Angeklagte S. als Anstifter . . . . . im anderen Falle . . . . . als Thäter . . . . . zu bestrafen gewesen sein".

III. 8. Dezember 1880 E. III. 95 **[25]**.

II. 21. Dezember 1880 R. II. 656 = E. III. 145 **[26]**.

I. 24. Oktober 1881 R. III. 632 **[47]**.

III. 19. Oktober 1885 E. XIII. 52 **[102]**.

I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]** u. a. m.,

wie denn ja bereits oben in § 93 gezeigt worden ist, daß das Reichsgericht in der Thätigkeit des Anstifters ein „Ausführen", also eine Thäterhandlung, nicht erblicke.

Es wird — wie oben im § 112 hinsichtlich des Unterschiedes von Mitthäterschaft und Thäterschaft — auch hier ausdrücklich hervorgehoben, daß die

Digitized by Google

Verschiedenheit zwischen Thäterschaft und Anstiftung nicht bloß eine faktische sei — so die subjektive Teilnahmetheorie oben S. 47 —, sondern eine Verschiedenheit der juristischen Qualifikation:

III. 8. Dezember 1880 E. III. 95 **[25]** cit.
IV. 4. Januar 1887 E. XV. 178 **[125]**.

Und es werden demgemäß Thäterschaft und Anstiftung auch ganz verschieden juristisch behandelt, indem z. B.

ausgesprochen wird, daß zwar der Anstifter, nicht aber der Thäter eines Diebstahls zugleich als Hehler der gestohlenen Sache bestraft werden könne:

II. 30. Dezember 1881 R. III. 837 = E. V. 282 **[52]**.
II. 19. Juni 1883 R. V. 455 = E. VIII. 371 **[78]**.
II. 25. März 1884 R. VI. 219 **[87]**.
III. 24. März 1887 R. IX. 193 **[132]**.
III. 3. November 1887 R. IX. 553 = E. XVI. 374 **[143]**.
IV. 13. Januar 1887 R. X. 33 = E. XVII. 59 **[149 a]**.
I. 4. Juli 1889 E. XIX. 354 **[168]**;

konstatiert wird, daß man Anstifter auch zu solchen Verbrechen werden könne, bezüglich deren man nicht Thäter sein kann:

III. 1. Dezember 1880 E. III. 162 **[23]**.
I. 7. April 1881 R. III. 211 = E. IV. 60 **[36]**.
II. 24. Juni 1881 R. III. 432 = E. IV. 302 **[42]**.
I. 22. Juni 1882 R. IV. 599 **[61]**.
I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]**.
I. 14. November 1887 R. IX. 602 = E. XVI. 325 **[144]**;

oder daß man doch wegen Anstiftung zu Verbrechen gestraft werden könne, bei deren Selbstbegehung als Thäter man straflos bleiben würde:

I. 29. November 1880 R. II. 580 = E. III. 140 **[22]**.
III. 13. November 1882 R. IV. 812 **[66]**.

Glaubte nun das Reichsgericht alle diese der v. Buri'schen Kausalitäts- und der darauf beruhenden subjektiven Teilnahmetheorie widersprechenden Sätze aus den Bestimmungen des positiven Rechts ableiten zu müssen, so mußte ihm das ein weiterer Fingerzeig dafür sein, daß das positive Recht **nicht** auf dem Boden der subjektiven Teilnahmetheorie stehe.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Das Verhältnis der Anstiftung zur intellektuellen Beihülfe.

§ 125.

Endlich sieht sich das Reichsgericht auch hinsichtlich der Konstruktion der intellektuellen Beihülfe und ihres Unterschiedes von der Anstiftung durch das positive Recht genötigt, seine Kausaltheorie zu verleugnen.

Die Identifizierung von Bedingung und Ursache würde zu dem Resultat führen: Anstifter und intellektueller Gehülfe setzen beide eine Bedingung für den verbrecherischen Erfolg, es verursacht also jeder den ganzen Erfolg, und hingesehen auf ihre objektive Thätigkeit kann ein Unterschied zwischen ihnen nicht statuiert werden. Insbesondere kann ein solcher Unterschied weder darin gefunden werden, daß der Anstifter die Entstehung des Entschlusses des Verbrechers verursachte, der intellektuelle Gehülfe nur eine Bedingung für diese Entstehung setzte; noch auch darin, daß der Anstifter den Entschluß des Verbrechers hervorriefe, der intellektuelle Gehülfe den schon entschlossenen Verbrecher in seinem Entschluß förderte oder bestärkte; auch ein schon Entschlossener kann nach der subjektiven Theorie noch angestiftet werden. Ein Unterschied besteht nach ihr vielmehr nur insofern, als der intellektuelle Gehülfe sein Wollen des Verbrechens von dem des Thäters abhängig macht, der Anstifter dagegen das Verbrechen selbständig will.

So lehrt in der That v. Buri (vgl. oben §§ 12, 20). Und bei konsequenter Verfolgung seiner Kausaltheorie mußte auch das Reichsgericht zu dem nämlichen Resultat kommen.

Es findet sich denn auch ein Anklang an jene rein subjektive Unterscheidung zwischen Anstiftung und intellektueller Beihülfe in dem Urteil des III. Str.-S. vom 18. Januar 1886 R. VIII. 63 = E. XIII. 265 **[105]**, wenn es hier heißt:

> „Daß der Thäter ohnedies zur That entschlossen war und der Gehülfe den schon vorhandenen Deliktswillen nur in irgend einer Weise unterstützt oder gefördert hat, bedingt den wesentlichsten Unterschied zwischen dem sich dem Willen des Thäters unterordnenden Gehülfen und dem den Verbrechenswillen erst erzeugenden Anstifter.“[422])

[422]) Vgl. dazu I. 7. Januar 1881 E. III. 181 **[27]** oben auf S. 229.

Digitized by Google

§ 126.

Allein wie schon in dem eben zitierten Urteil als der „wesentlichste Unterschied" zwischen Anstifter und intellektuellem Gehülfen der bezeichnet wird, daß der Anstifter den Verbrechenswillen erst erzeugt, der intellektuelle Gehülfe den schon vorhandenen Verbrechenswillen unterstützt oder fördert, so kehrt diese rein objektive Unterscheidung auch in den übrigen hierher gehörigen Urteilen wieder. So heißt es in dem Urteil des I. Str.-S. vom 7. Dezember 1885 R. VII. 720 = E. XIII. 121 **[104]**:

> „Der Anstifter muß den Anderen ..... „„bestimmt"", er muß den Entschluß zur Begehung der Handlung hervorgerufen haben ..... Ist Jemand bereits zu einer That entschlossen, sei es auf Grund eigenen Entschlusses oder infolge der Anstiftung eines Anderen,[423]) so kann er nicht nochmals zur That bestimmt werden; es fehlt dann an dem bestimmenden Einflusse der späteren Einwirkung, die höchstens eine Bestärkung des bereits gefaßten Entschlusses und damit möglicherweise Beihülfe enthalten kann".

So wird im Urteil des III. Str.-S. vom 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** die Anstiftung von der intellektuellen Beihülfe mit den Worten unterschieden:

> S. 23: „wenn Jemand durch seine Handlung weit mehr als nur die Bestärkung des schon vorhandenen verbrecherischen Willens eines Andern bewirkte, wenn er diesen Willen des Andern seinerseits erst hervorrief."

So heißt es im Urteil des II. Str.-S. vom 24. Mai 1887 R. IX. 335 = E. XVI. 114 **[138]** auf S. 338:

> „Im vorliegenden Fall könnte Teilnahme im Sinne des § 40 des Str.-G.-B. auch dann vorliegen, wenn angenommen werden sollte, daß H. es nicht gewesen sei, der bei den Verlegern in der Schweiz den Entschluß hervorgerufen habe, die Druckschriften mit der durch das Verbreitungsverbot bedingten Vorsicht in Deutschland zur Versendung zu bringen, daß jene vielmehr dazu schon vorher unter Kenntnis des Verbotes entschlossen gewesen seien. Es könnte dann in der Bestellung je nach deren näheren thatsächlichen Einzelheiten zwar nicht eine Anstiftung, wohl aber ein wissentliches Hülfeleisten durch That oder auch durch Rat enthalten sein."

Und so wird denn die in diesen Urteilen ausgesprochene lediglich objektive Unterscheidung direkt als solche anerkannt in der Entscheidung des II. Str.-S. vom 20. April 1886 R. VIII. 303 **[112]** vv.:

> „Anstifter und Gehülfe wollen eine fremde That zur Verwirklichung kommen lassen; nur die Art ihrer Beteiligung ist verschieden."

[423]) Diesen Gegensatz können wir nicht gelten lassen; der Entschluß des willensfreien Menschen ist immer sein eigener: s. oben S. 117 zu Note 191; S. 120 § 54 in.; S. 122; und unten am Schluß dieses Paragraphen.

Digitized by Google

Dies Alles steht in diametralem Gegensatz zur subjektiven Teilnahmetheorie. Freilich auch zu der Theorie des positiven Rechts insoweit, als das Wesen der Anstiftung darin erblickt wird, daß sie den Willen des Angestifteten erzeuge, verursache. Denn damit ist unvereinbar die vom Gesetz sanktionierte und vom Reichsgericht selbst vertretene Annahme der Willensfreiheit (vgl. oben § 124 in. und Note 423). Jedenfalls aber ist es wieder ein Beweis dafür, daß das Reichsgericht selbst die von ihm bei der Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe zu Grunde gelegte Theorie als in ihren übrigen Konsequenzen mit dem Gesetz unverträglich anerkennen muß.

Anerkennung der inneren Notwendigkeit der positivrechtlichen Gestaltung der Teilnahmelehre.

§ 127.

Ja das Reichsgericht geht in seinen Konzessionen an die objektive Teilnahmetheorie über das, was ihm das positive Recht abnötigt, noch weit hinaus: es sucht darzuthun, daß die Aufstellung einer besonderen Schuldform der Teilnahme gegenüber der Thäterschaft und die Differentiierung dieser Schuldform der Teilnahme in die drei Spezies der Mitthäterschaft, Anstiftung und Beihülfe, so wie sie im Gesetz statuiert ist, auch **de lege ferenda** geboten war, trotzdem — wie wir oben in §§ 33, 34 gezeigt — dieses ganze Vorgehen des Gesetzes einen entschiedenen Protest gegen die subjektive Teilnahmetheorie enthält.

In dem schon früher öfter benützten Urteil des III. Str.-S. vom 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** heißt es auf S. 23:

> „Wenn aber der den Willen des Thäters zum Vergehen Bestärkende nichts weiter als dieses that, so läßt sich bloß darum nicht behaupten, daß er sich an der Ausführung des Vergehens beteiligt hätte, welche vielmehr in solchem Fall gerade nur die Sache des Andern sein soll. Eben aus diesem Grunde mußte das Gesetz, um auch für einen derartigen Sachverhalt einen Fall strafbarer Teilnahme zu schaffen, neben die Begriffe der Thäterschaft und der Mitthäterschaft den Begriff der Beihülfe stellen, und selbst wenn Jemand durch seine Handlung weit mehr als nur die Bestärkung des schon vorhandenen verbrecherischen Willens eines Andern bewirkte, wenn er diesen Willen des Andern seinerseits erst hervorrief,

Digitized by Google

eine weitere Thätigkeit jedoch nicht entfaltete, mußte das Gesetz, um einen Fall strafbarer Teilnahme zu schaffen, neben die Begriffe der Thäterschaft und der Mitthäterschaft den Begriff der Anstiftung stellen."

Vgl. dazu auch III. 29. November 1879 E. I. 110 [2] und
II. 17. Mai 1881 R. III. 309 = E. IV. 177 [38].

Dritter Titel.

Die Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme und ihrer Konsequenzen.

§ 128.

Wenn die Lehre von der Identität der Bedingung und der Ursache der Konstruktion der Teilnahme zu Grunde gelegt wird, so führt dieser Ausgangspunkt, wie oben in § 22 gezeigt ist, mit logischer Notwendigkeit zur Anerkennung der selbständigen Strafbarkeit der Teilnahmehandlungen. Es hat sich denn auch (s. a. a. O.) v. Buri mit aller Entschiedenheit gegen die s. g. akzessorische Natur der Teilnahme erklärt.

Allein auch hier sieht sich das Reichsgericht genötigt anzuerkennen, daß das positive Recht auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht.

Das Reichsgericht hat in einer großen Reihe von Erkenntnissen ausdrücklich die „akzessorische Natur" der Teilnahme als gesetzlich sanktioniert hingestellt und diese akzessorische Natur genau so definiert und erläutert, wie wir es oben in §§ 68, 69 gethan haben. Und wenn das Reichsgericht dabei auch, soviel ich sehe, immer nur von der akzessorischen Natur der Anstiftung und der Beihülfe redet, dagegen von der der Mitthäterschaft schweigt, so folgt doch daraus, daß es die akzessorische Natur schon im Wesen der Teilnahme der §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. begründet findet (s. unten Note 426) und auch die Mitthäterschaft von dieser Teilnahme nicht ausschließen kann (vgl. oben zu Note 419), daß es auch der Mitthäterschaft solch akzessorischen Charakter beimessen muß.[424])

[424]) Indessen ist es mir nicht entgangen, daß in dem Urteil IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 [92], wo von dem Ort der Begehung der Mitthäterschaft, Beihülfe und Anstiftung nacheinander gehandelt wird, das Reichsgericht erst bezüglich der Beihülfe und der Anstiftung mit der akzessorischen Natur operiert, so daß die Auffassung sich aufdrängt, daß es der Mitthäterschaft solch akzessorischen Charakter nicht beimesse. — Dagegen s. wieder die Urteile unten zu Note 428, 429.

Digitized by Google

Das Reichsgericht hat aber auch überall, wo es galt, aus der selbständigen oder nur abgeleiteten Strafbarkeit der Teilnahme die Konsequenzen zu ziehen, aus der akzessorischen Natur der Teilnahme — wenn auch nicht immer richtig — gefolgert.

Erstes Kapitel.

Die Aussprüche über die akzessorische Natur der Teilnahme im Allgemeinen.

§ 129.

Wir lassen dem Reichsgericht das Wort zunächst zur Feststellung und Erläuterung der akzessorischen Natur der Teilnahme:

II. 30. Dezember 1881 R. III. 837 = E. V. 282 **[52]** vv. S. 840: „Denn die Anstiftung für sich ist, abgesehen von positiv-gesetzlichen Ausnahmen, ein strafrechtlich indifferenter Akt, wenn nicht die Haupttat hinzutritt; nicht einmal ein Versuch würde vorliegen, so daß also erst im Wege der Zurückbeziehung der Haupttat auf die Anstiftung diese ihren strafbaren Charakter gewinnt. *Dieses akzessorische Verhältnis der Handlung des Anstifters zu derjenigen des Thäters*" ꝛc.

II. 30. März 1883 R. V. 202 = E. VIII. 153 **[70]** vv. S. 206: „Die anstiftende Thätigkeit ist daher (wenn auch unter Umständen aus § 49 a a. a. O. oder aus speziellen Strafvorschriften strafbar)[121a]) an und für sich und als solche nach dem Grundsatze des angeführten § 48 straflos und wird erst strafbar, wenn sie die Begehung (oder den strafbaren Versuch) der betreffenden strafbaren Handlung herbeigeführt hat ..... Aus dieser rein akzessorischen Beziehung der Anstiftung zur Haupttat ergiebt sich" ꝛc.

III. 14. Juni 1883 R. V. 434 = E. IX. 10 **[77]** vv. S. 436: „Daß ihr (scil. der Beihülfe) begriffliches Wesen als die einem fremden verbrecherischen Willen und einer fremden Haupttat *sich akzessorisch anschließende Hülfeleistung* bedingt ist durch die rechtliche Existenz einer Haupttat."

III. 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]** vv. S. 411: „Soviel die strafbare Beihülfe betrifft, von welcher in gegenwärtiger Sache die Rede ist, so hat man die auch in der Litteratur und der Rechtsprechung überwiegend vertretene Ansicht als die richtige anzuerkennen, daß *wegen der akzessorischen Natur* jener die rechtliche Existenz einer Haupttat zu ihren notwendigen Voraussetzungen gehört. *Dies ist die Meinung des bestehenden positiven Rechts*; ob eine abweichende Theorie sich logisch und psychologisch konstruieren lasse, muß hier dahingestellt bleiben.[125]) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

[121a]) Vgl. dazu oben unseren § 78.

[125]) Dem Reichsgericht ist es also offensichtlich entgangen, daß seine Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe nichts ist als eine Erscheinung der nämlichen Theorie, welche es hier als im positiven Recht nicht begründet ablehnt!

Digitized by Google

hat sich jener Ansicht, daß Beihülfe nicht bestraft werden könne, wo es an einer Hauptthat fehlt, konstant teils direkt, teils durch Anerkennung der daraus fließenden Konsequenzen angeschlossen" . . . . .

[es folgen einige dieser vom Reichsgericht gezogenen Konsequenzen: s. unten in § 131] . . . . .

„In derselben Weise und aus denselben Gründen sind diese Fragen bei der Anstiftung entschieden worden; es mag dies aus dem Grunde hier erwähnt werden, weil, was von der juristischen Unselbständigkeit der Anstiftung oder von der juristischen Abhängigkeit der Strafbarkeit der Anstiftung von der rechtlichen Existenz — nicht von der Strafbarkeit — einer That des Urhebers gilt, in verstärktem Maße von der Beihülfe gelten muß."

IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 **[92]** vv. S. 476: „Die Handlung der Beihülfe fällt in der Regel für sich nicht unter das Strafgesetz, sie wird vielmehr erst strafbar, wenn die durch sie beförderte Hauptthat zu einem dem Strafgesetz unterliegenden Erfolge vorgeschritten ist, und erhält solchenfalls ihre strafrechtliche Qualifikation durch die Hauptthat . . . . . kraft der akzessorischen Natur der Beihülfe".

III. 7. Juli 1884 R. VI. 523 = E. XI. 37 **[94]** vv. S. 524: „Die in § 49 des Str.-G.-B. positivrechtlich anerkannte akzessorische Natur der Beihülfe, die Abhängigkeit derselben von der Strafthat des Anderen, welche durch Rat und That hat befördert werden sollen, äußert ihre Wirkung nicht bloß dahin" (vgl. unten S. 267).

III. 12. April 1886 R. VIII. 281 **[110]** vv. S. 284: „Es unterliegt keinem Zweifel, daß die von dem Angeklagten entwickelte (scil. beihelfende) Thätigkeit an sich betrachtet kein Strafgesetz verletzt, daß sie vielmehr nur strafbar werden kann durch ihre Beziehung zu einer Hauptthat, zu der durch sie Hülfe geleistet worden ist, und durch welche sie ihrerseits erst eine strafrechtliche Qualifikation erhält" und weiter unten: „da die Beihülfeleistung nur vermöge ihrer Abhängigkeit von einer strafbaren Hauptthat und durch ihre Beziehung zu derselben strafbar wird".

I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]**, wo es nach den oben auf S. 250 in Note 419 wiedergegebenen Worten weiter heißt: „und deswegen" [weil die Anstiftung vom Gesetz nicht als Urheberschaft, sondern als Teilnahme aufgefaßt wird] ist „der Anstiftung, wie der Beihülfe, im Verhältnisse zur Handlung des Thäters nur ein akzessorischer Charakter verliehen.[426]) Folgerichtig erachtet auch das Str.-G.-B. die Strafbarkeit des Anstifters von der Begehung der That durch einen Andern abhängig; es muß daher der objektive wie subjektive Thatbestand der Handlung gegeben sein, um die Strafbarkeit des Anstifters zu begründen"; dann auf S. 315: „akzessorische Natur der Anstiftung

[426]) Es ist zu beachten, daß das Reichsgericht hier richtig erkennt, es sei der Anstiftung und der Beihülfe ihr akzessorischer Charakter vom Gesetz um deswillen verliehen, weil sie Teilnahme sind: s. oben § 128.

Digitized by Google

im Gegensatze zum maßgebenden Einflusse der Handlung des Thäters"; „diese Abhängigkeit der Strafbarkeit der Anstiftung von dem Charakter der Hauptthat".

IV. 13. Dezember 1887 R. IX. 724 **[149]** vv. S. 726: „Denn die Vorinstanz hat die akzessorische Natur der Beihülfe nicht in Abrede gestellt, vielmehr die Strafbarkeit des Beschwerdeführers angenommen, weil die von ihm beförderte That des W. bis in das Stadium des strafbaren Versuchs gelangt war".

III. 28. Januar 1889 E. XVIII. 419 **[165]** vv. S. 420: „Das angefochtene Urteil .... stützt die Freisprechung des Hauptangeklagten ausdrücklich darauf, daß ein wesentliches Element des Thatbestandes ..... fehle, also eine Hauptthat, an welche sich die ausschließlich akzessorische Teilnahmeform der Beihülfe anlehnen könne, nicht vorhanden sei"; S. 421: „der vom Instanzrichter folgerichtig gezogene Schluß, daß, wenn die Beihülfe begrifflich notwendig eine Hauptthat voraussetzt, welche der Gehülfe, seinen Willen demjenigen des Haupthäters unterordnend, zu unterstützen gesonnen ist, mit dem Fortfalle der Hauptthat an sich auch die Beihülfe hinfällig wird, ist nicht zu widerlegen".

III. 18. März 1889 E. XIX. 147 **[166]** vv. S. 149: „Die Beihülfehandlung als solche ist ein strafloser, strafrechtlich gleichgültiger Akt. Sie wird erst strafbar, wenn und soweit die Hauptthat, zu welcher Hülfe geleistet werden sollte, begangen wird. Aus dieser akzessorischen Natur der Beihülfe ergiebt sich" ꝛc.

Vgl. noch III. 12. April 1882 R. IV. 308 = E. VI. 186 **[57]** vv. S. 310: „in der Form akzessorischer Beistandleistung, strafgesetzlicher Beihülfe"; III. 1. Oktober 1883 R. V. 561 = E. IX. 109 **[81]** vv. S. 562: „sich seiner That akzessorisch unterordnende Gehülfen"; III. 18. Januar 1886 R. VIII. 63 = E. XIII. 265 **[105]** vv. S. 64: „die akzessorische Natur bloßer Hülfeleistung"; III. 15. März 1886 R. VIII. 171 = E. XIV. 19 **[108]** vv. S. 176: „Anstifter oder Gehülfe ..... wegen der akzessorischen Natur ihrer Teilnahme".

§ 130.

Ich habe diesen Aussprüchen des Reichsgerichts, welche vollständig mit meinen Ausführungen über die akzessorische Natur der Teilnahme nach unserm positiven Recht (s. oben in §§ 68, 69) zusammentreffen, nichts weiter beizufügen. Nur darauf möchte ich nachdrücklich hinweisen, daß das Reichsgericht selbst den vom Gesetz sanktionierten akzessorischen Charakter der Teilnahme als Konsequenz einer Teilnahmetheorie erkennt, welche sich mit der subjektiven Teilnahmetheorie in direktem Widerspruch befindet:

vgl. III. 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]**,

I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[118]** an den oben referierten Stellen.

Digitized by Google

Und immer unbegreiflicher ist es solchen Thatsachen gegenüber, daß das Reichsgericht sich für berechtigt halten kann, unserem Gesetzbuch hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe den Standpunkt der subjektiven Theorie zu imputieren.

Zweites Kapitel.

Die nähere Präzisierung und Begrenzung dieser akzessorischen Natur.

§ 131.

Das Reichsgericht hat in einer großen Menge von Entscheidungen den Satz, in welchem wir oben in §§ 72, 73 die akzessorische Natur der Teilnahme präzisiert haben, vertreten, daß die Strafbarkeit der Teilnahmehandlungen eine strafbare Handlung des Thäters, wenn auch nicht notwendig dessen wirkliche Bestrafung, voraussetze. Ich zitiere als allgemeine hierher gehörige Aussprüche:

III. 2. Juli 1880 R. II. 151 **[14]** vv.: „Zwar setzt die Beihülfe als akzessorische Art der Teilnahme das Vorhandensein eines Verbrechens oder Vergehens voraus, zu welcher sie geleistet worden ist. Aber sie setzt nicht notwendig voraus, daß der Thäter des Verbrechens oder Vergehens dafür strafbar sei. Sofern vielmehr der Thäter straffrei bleiben mußte, weil ihm die That aus einem in seiner Person liegenden Grunde nicht zugerechnet werden konnte, ist die Bestrafung des Gehülfen, wenn nicht auch in dessen Person ein Hindernis der Zurechnung besteht, gesetzlich nicht ausgeschlossen".

III. 1. Dezember 1880 E. III. 162 **[23]** vv.: „es ist zwar die Strafbarkeit der Anstiftung begrifflich nicht dadurch bedingt, daß gegen den Hauptthäter ein Strafverfahren eingeleitet sei, es wird auch die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen durch das Vorbringen von prozessualen Gründen, welche der Verfolgbarkeit der Handlung des Urhebers entgegenstehen, oder von materiellen, in seiner Person liegenden Gründen, welche die Strafbarkeit aufheben oder vermindern; allein die Strafbarkeit der That des Urhebers an sich muß vorhanden sein, und ihr Nichtvorhandensein steht der Anwendung des Strafgesetzes auch bei dem Anstifter entgegen".

III. 20. September 1882 R. IV. 700 **[63]** vv.: „Unzweifelhaft ist der Thatbestand strafbarer Anstiftung wohl dadurch bedingt, daß der Angestiftete eine strafbare Handlung begangen hat, keineswegs aber davon abhängig, ob der Angestiftete zur Verurteilung und Bestrafung gelangt oder aus diesem oder jenem thatsächlichen oder rechtlichen Grunde sich der Verurteilung und Bestrafung entzieht. Dieser Rechtssatz trifft nicht minder zu, auch wenn dem Angestifteten einer derjenigen Strafausschließungsgründe zur Seite steht, welche, ohne das objektive Vorhandensein einer

Digitized by Google

strafbaren Handlung aufzuheben, den Thäter für seine Person[427]) gesetzlich von der Strafe entbinden".

III. 9. 16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]**, wo auf S. 411 ausdrücklich als eine Konsequenz der akzessorischen Natur der Teilnahme ausgesprochen wird, „daß eine Beihülfehandlung nicht bestraft werden könne, wenn eine Hauptthat nicht wenigstens bis zum Versuche fortgeschritten sei"; wo dann der oben S. 263 bereits abgedruckte Ausspruch bezüglich der Anstiftung folgt; und wo schließlich ganz allgemein gesagt wird: „die rechtliche Nichtexistenz einer Hauptthat ziehe auch die rechtliche Nichtexistenz der akzessorischen Teilnahme nach sich".

IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 **[92]** oben auf S. 264.

III. 7. Juli 1884 R. VI. 523 = E. XI. 37 **[94]** vv. (vgl. oben S. 264): „die akzessorische Natur der Beihülfe ..... äußert ihre Wirkung nicht bloß dahin, daß strafbare Beihülfe überhaupt entfällt, wenn es auf Seite des Thäters zu einem Thun, welches mindestens in das Stadium strafbaren Versuchs getreten ist, nicht gekommen ist, oder wenn dieses Thun aus einem, nicht die individuelle Strafbarkeit des Thäters, sondern die Schuld ausschließenden Grunde eine strafbare Handlung überhaupt nicht enthält, sondern insbesondere auch dahin" ꝛc.

I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]** zunächst in der oben S. 264 abgedruckten Stelle; sodann S. 315 vv.: „es wurde offenbar vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorausgesetzt, daß diese [scil. die strafausschließenden Momente] jedem Beteiligten persönlich zu Gute kommen müssen, sofern nicht durch das Vorhandensein eines Strafausschließungsgrundes in der Person des Thäters der Thatbestand des betreffenden Straffalles derartig beeinflußt wird, daß überhaupt keine strafbare Handlung mehr vorhanden ist".

Vgl. endlich auch noch die Entscheidungen

III. 14. Juni 1883 R. V. 434 = E. IX. 10 **[77]** (S. 437) und

IV. 15. Februar 1887 R. IX. 137 **[129]**,

in welchen beiden Entscheidungen eine strafbare Hauptthat geradezu als zum Thatbestand der Teilnahme- (speziell der Beihülfe-) Handlung gehörig bezeichnet wird; und

I. 10. Dezember 1888 R. X. 713 **[163]**, wo auf S. 714 gesagt ist, daß von „Anstiftung" im strafrechtlichen Sinn nur die Rede sein könne, wenn das, wozu angestiftet wurde, eine strafbare Handlung sei.

§ 132.

Was aber die Einzelanwendungen jenes Satzes seitens des Reichsgerichts anlangt, so harmonieren sie freilich nicht überall mit den oben in §§ 74, 75 für das positive Recht verteidigten Resultaten. Aber doch nur deswegen nicht, weil das Reichsgericht darüber, wann noch eine „strafbare Handlung" des Thäters, wie sie Voraussetzung der Strafbar-

[427]) Vgl. dazu oben S. 155 Note 278.

Digitized by Google

keit des Teilnehmers ist, vorhanden sei, wann nicht, vielfach anderer Meinung ist wie wir.

In Übereinstimmung mit uns (s. oben S. 156 zu Note 281) erklärt das Reichsgericht in konstanter Judikatur sämtlicher Strafsenate den Teilnehmer für strafbar, wenn der Thäter wegen freiwilligen Rücktritts vom Versuch straflos ausgeht:

I. 13. Januar 1881 R. II. 722 = E. III. 249 **[29]**.

II. 6. Juni 1882 R. IV. 533 = E. VI. 341 **[59]** vv. S. 534: „Der aus § 46 Nr. 1 des Str.-G.-B. entnommene Grund der Strafloſigkeit ist lediglich auf die Marie S. beſchränkt und berührt die Thätigkeit des Gehülfen und deren Strafbarkeit nicht, da er ſich nicht als Schuld-, ſondern als Strafausſchließungsgrund charakteriſiert".

III. 15. März 1886 R. VIII. 171 = E. XIV. 19 **[108]** vv. S. 176: „Dieſe (scil. Anſtifter und Gehülfen) würden zwar wegen der akzeſſoriſchen Natur ihrer Teilnahme nicht beſtraft werden können, wenn das Geſetz ſoweit ginge, den Rücktritt des Thäters vom Verſuch als einen Schuldausſchließungsgrund anzuerkennen, dies ist jedoch nicht die Meinung des Geſetzes."

IV. 19. April 1887 R. IX. 253 **[136]**.

II. 25. November 1887 R. IX. 650 = E. XVI. 347 **[145]** vv. S. 651 unten: „Sind mehrere Perſonen als Mitthäter[428]) Anſtifter, Gehülfen an einer, die Erforderniſſe eines ſtrafbaren Verſuches erfüllenden Handlung beteiligt, ſo werden durch ein Aufgeben der Ausführung im Sinne des § 46 Z. 1 des Str.-G.-B. diejenigen ſtraflos, welche ..... zurückgetreten ſind, nicht aber andere Beteiligte; ſie bleiben wegen Verſuches ſtrafbar."

IV. 13. Dezember 1887 R. IX. 724 **[149]** vv. S. 726: „Wollte die Reviſion ihre Ausführung darauf ſtützen, daß die Vorinſtanz den § 46, auf den ſich gegebenenfalls der Hauptthäter berufen kann, auf den Gehülfen nicht zur Anwendung gebracht hat, ſo überſieht ſie, daß auch dann die Beihülfe ihrer akzeſſoriſchen Natur nicht entkleidet wird, wenn der Hauptthäter einen lediglich perſönlichen Strafausſchließungsgrund, wie ihn der § 46 gewährt, für ſich geltend zu machen in der Lage iſt."

IV. 9. Oktober 1888 R. X. 555 **[160]**.

Ebenſo hält es mit uns (oben S. 157 zu Note 285) den Teilnehmer für ſtrafbar, wenn den Thäter die Verjährung vor Strafe ſchützt:

III. 14. Juni 1883 R. V. 434 = E. IX. 10 **[77]** vv. S. 437: „Und da nach dieſen geſetzlichen Vorſchriften (§§ 66 ff. Str.-G.-B.) die Verjährung nur die perſönliche Strafverfolgbarkeit des einzelnen Delinquenten berührt, die Verfolgbarkeit oder Nichtverfolgbarkeit des Hauptthäters aber ohne jeden Einfluß iſt auf die Strafverfolgung der Mitthäter,[429]) Teilnehmer oder Gehülfen" ꝛc.

Wiederum ſtimmt es mit uns überein (vgl. oben S. 158 zu Note 293),

[428]) Vgl. oben Note 424.
[429]) Vgl. oben Note 424.

Digitized by Google

indem es den Teilnehmer an der That eines Geisteskranken für straflos (als solchen) erklärt:

III. 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]**,

dabei aber — ebenfalls im Einklang mit uns oben in § 78 — zugleich die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen solchenfalls der scheinbare Teilnehmer als Thäter gestraft werden könne.

§ 133.

Dagegen hat das Reichsgericht in Konsequenz seiner — wie ich glaube ganz unrichtigen[430]) — Auslegung der §§ 55, 56 R.-Str.-G.-B., wonach dieselben nur einen Ausschluß der Strafverfolgung statuieren sollen, im Gegensatz zu uns (s. oben S. 158 zu Note 294) die Teilnehmer an der Handlung eines jugendlichen Verbrechers für strafbar erklärt:

[430]) Daß die Worte der §§ 55, 56: „kann nicht strafrechtlich verfolgt werden", im Unterschiede von den Worten „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden" der §§ 51—54, keine zwingende Beweiskraft für die Anschauung des Reichsgerichts haben, hat dasselbe (12. April 1882 R. IV. S. 309 **[57]** unten) selbst zugegeben. — Die Natur der Sache spricht für Zurechnungsunfähigkeit als Grund der Straflosigkeit der §§ 55, 56. Denn daß diejenige Verstandes- und Willenskraft, deren Vollbesitz die kriminalistische Zurechnungsfähigkeit konstituiert, erst allmählich im Menschen sich entwickelt, ist eine unbestreitbare Wahrheit. Die notwendige Konsequenz aber ist dann Zurechnungsunfähigkeit bis zur vollen normalen Entwickelung jener Kräfte. — Auf diesem Standpunkt steht denn auch alles Strafrecht vor dem R.-Str.-G.-B. Wie das römische und kanonische Recht die Straflosigkeit jugendlicher Verbrecher damit motivieren, daß sie doli, culpae, injuriae non capaces seien, daß sie rei intellectum capere non possunt, daß aetas eorum quid videat ignorat, daß ihre innocentia consilii, ihr defectus aetatis sie entschuldigen müsse; wie die deutschen Rechtsbücher jene Straflosigkeit in gleicher Weise damit begründen: de wile it sik vor dorheit nicht vorsteit, oder it sik van dorheit nicht vorstan kan arges unde gutes: wie dann die Carolina redete von Übelthätern, die Jugend halben ihre Sinn nicht haben: so haben auch die dem R.-Str.-G.-B. vorausgegangenen Partikularstrafgesetzbücher meist ausdrücklich Zurechnungsunfähigkeit als Grund der Straflosigkeit jugendlicher Verbrecher genannt [vgl. Cod. Bav. crim. de 1751 I. 1 § 4; Bayer. Str.-G.-B. 1813 I. art. 98, 99; Sächs. 1838 art. 62; Württ. 1839 Überschrift der art. 95 ff.; Braunschw. 1840 §§ 30, 60; Hannöv. 1840 Inskription des art. 83; Hessen-Darmst. 1841 art. 37; Bad. 1845 §§ 78, 79; Österr. 1852 §§ 2, 237; Sachsen 1855 u. 1868 art. 87, 89]. — Daß das R.-St.-G.-B. diese in der Natur der Sache begründete tausendjährige Rechtsanschauung verlassen wollte, ist von vornherein unwahrscheinlich, und wird durch seine Materialien widerlegt, die (vgl. Reichsgericht a. a. O.) ausdrücklich betonen, daß der Mensch bis zu einem gewissen Lebensalter der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit ermangele. Wenn sie daneben auch vom Ausschluß der strafrechtlichen Verfolgbarkeit reden, so operieren sie eben einfach mit einer Konsequenz jener Zurechnungsunfähigkeit. — Endlich aber weist das R.-Str.-G.-B. richtig interpretiert selbst mit Notwendigkeit auf unsere Auslegung hin. Denn wenn es zur Strafbarkeit noch nicht 18jähriger „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit ihrer Handlungen erforderliche Einsicht" fordert, so markiert es damit nur die letzte Stufe der Entwickelung der Verstandeskraft, die erreicht sein muß, damit kriminalistische Zurechnungsfähigkeit vorhanden sei. Wie denn nicht anders auch der art. 76 bayer. Str.-G.-B. 1861 vv. „wenn ihr die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That erforderliche Ausbildung gefehlt hat" ausgelegt worden ist [vgl. Weis I. S. 219; Stenglein S. 97 sub 6 und die hier Zitierten]; und wie nicht anders auch das „Unterscheidungsvermögen" des § 42 Preuß. Str.-G.-B. von 1851 richtig ausgelegt werden konnte.

Digitized by Google

III. 12. April 1882 R. IV. 308 = E. VI. 186 **[57]** S. 310, 311.
II. 6. Juni 1882 R. IV. 531 = E. VI. 336 **[60]**.
III. 20. September 1882 R. IV. 700 **[63]**.
I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]** S. 315 unten.

§ 134.

Schwankend war merkwürdigerweise die Judikatur des Reichsgerichts hinsichtlich der Teilnahme an einem Verbrechen, dessen Thäter wegen Irrtums straflos blieb (vgl. dazu oben S. 158 zu Note 296). Anfänglich nämlich erklärte das Reichsgericht, daß ein unter § 59 R.-Str.-G.-B. fallender Irrtum des Thäters nur seine Person von der Strafe befreie, die Strafbarkeit der Teilnehmer aber nicht ausschließe:

III. 2. Juli 1880 R. II. 151 **[14]**.

Schon bald aber nahm der nämliche Strafsenat diese entschieden unrichtige Gesetzesauslegung stillschweigend wieder zurück:

III. 9. Oktober 1880 R. II. 308 = E. III. 7 **[18]**.

Auf der richtigen Ansicht ruht auch das Urteil

I. 22. November 1888 E. XVIII. 229 **[161]**.

Neuerlich aber hat der III. Strafsenat seine ursprüngliche irrige Auffassung ausdrücklich zurückgenommen und ausführlich widerlegt:

III. 28. Januar 1889 E. XVIII. 419 **[165]** insbes. vv. S. 422: „Alles, was bezüglich der Unmöglichkeit strafbarer Beihülfe zu einer dem § 51 Str.-G.-B. unterliegenden Handlung ausgeführt ist [E. XI. 56], trifft mit gleicher Schlüssigkeit zu, sobald, wie vorliegenden Falles, wegen Mangels jeden auf eine strafbare Handlung gerichteten *Vorsatzes* eine Strafthat niemals existent geworden ist ..... Es ist nicht abzusehen, welchen begrifflichen Unterschied es in dieser Beziehung bedingen soll, ob die Nichtexistenz einer Strafthat an sich auf dem Fehler der vom Gesetze erforderten *objektiven*“ [hier ist ausgefallen „oder der subjektiven“] „Thatbestandsmerkmale ruht. Den Mangel der letzteren als einen nur subjektiv wirkenden *Strafausschließungsgrund* zu behandeln, erscheint .... verfehlt.“

Der Rechtssatz, daß der Teilnehmer wegen der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht gestraft werden könne, wenn die Hauptthat des Charakters der Rechtswidrigkeit entbehrt (vgl. oben S. 158, 159 zu Note 298—302), hat Ausdruck gefunden im Urteil

II. 27./30. November 1888 E. XVIII. 273 **[162]** auf S. 281.

Daß endlich die Teilnahme auch dann straflos bleiben muß, wenn die Hauptthat wegen Mangels einer Bedingung der Strafbarkeit keine „strafbare Handlung“ darstellt, ist anerkannt in den Urteilen

III. 1. Dezember 1880 E. III. 162 **[23]** [es fehlt für die Hauptthat des § 219 Str.-G.-B. an der Bedingung der Strafbarkeit, daß die Abtreibung wirklich erfolgt ist].

Digitized by Google

I. 4. März 1886 E. XIII. 388 **[107]** [es fehlt für die als Versuch eines Vergehens sich qualifizierende Hauptthat an der Bedingung der Strafbarkeit, daß der Versuch dieses Vergehens ausdrücklich mit Strafe bedroht ist].

III. 12. April 1886 R. VIII. 281 **[116]** auf S. 284, 285 [es fehlt für die Hauptthat an der Bedingung der Strafbarkeit, daß sie im Inland begangen sei (vgl. oben in § 85)].

III. 5. März 1888 R. X. 207 = E. XVII. 227 **[152]** [es fehlt für die Hauptthat an der Bedingung der Strafbarkeit, daß der Verletzte einen Antrag auf Verfolgung gestellt hat].

Drittes Kapitel.

Die vom Reichsgericht aus der akzessorischen Natur der Teilnahme gezogenen Konsequenzen.

1. Hinsichtlich des Versuches der Teilnahme.

§ 135.

Ich stelle schließlich noch die Judikatur des Reichsgerichts über diejenigen Fragen in der Teilnahmelehre zusammen, welche verschieden beantwortet werden müssen, je nachdem man die Teilnahmehandlungen für selbständig oder für nur akzessorisch strafbar erklärt, um zu zeigen, daß auch hier überall das Reichsgericht die kriminelle Unselbständigkeit der Teilnahmehandlungen, und damit die objektive Teilnahmetheorie, als die gesetzliche Basis für seine Entscheidungen verwertet.

Das Reichsgericht hat aus der akzessorischen Natur der Teilnahme den Schluß gezogen, daß es einen strafbaren Versuch der Teilnahme nicht gebe.

Schon in dem Urteil des II. Str.-S. vom 30. Dezember 1881 R. III. 837 = E. V. 282 **[52]** in der oben auf S. 263 abgedruckten Stelle ist dies in Kürze und beiläufig geschehen.

Ex professo und ausführlich aber wird die Frage nach dem Versuch der Teilnahme erörtert in dem Urteil des III. Str.-S. vom 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]**.

Der W. hatte einen Erpressungsversuch begangen, der F. ihm dazu Hülfe geleistet. Es erwies sich, daß W. im Moment seiner That geistesgestört war, was F. nicht wußte. Das Reichsgericht konstatiert zunächst, daß F. kraft der akzessorischen Natur der Beihülfe wegen vollendeter

Digitized by Google

Beihülfe nicht gestraft werden könne. Kann aber seine Thätigkeit nicht als strafbarer Versuch der Beihülfe aufgefaßt werden?

> S. 412: „Es kann sich nur fragen, ob sie deshalb als strafbarer Versuch der Beihülfe bezeichnet werden darf, weil dasjenige nicht geschah, was geschehen sein würde, wenn W. zurechnungsfähig gewesen wäre, weil nämlich von W. keine strafbare Handlung, kein Vergehen, und überhaupt keine Handlung, die rechtliche Existenz gehabt hätte, begangen wurde."

Es handelte sich also um die oben S. 166 in Note 321 sub d und S. 169 formulierte und entschiedene Frage. Das Reichsgericht gelangt freilich erst auf einem merkwürdigen Umweg zur richtigen Beantwortung. Zunächst habe

> „man einzuräumen, daß sich ein Versuch der Beihülfe auf Grundlage der gesetzlichen Begriffe des ersteren und der letzteren (§§ 43, 49 Str.-G.-B.) würde konstruieren lassen. Aber nach dem positiven Willen des Gesetzes kann man ihn nicht als mit Strafe bedroht bezeichnen. Es ergiebt sich dies aus der Vorgeschichte des jetzigen Str.-G.-B."

Dies wird an der Geschichte und dem Sinn der §§ 32, 33 des preuß. Str.-G.-B. zu erhärten versucht. Allein wenn wirklich auf Grund der §§ 43, 49 Str.-G.-B. ein Versuch der Beihülfe konstruierbar wäre, so müßte das ein strafbarer Versuch sein, denn § 43 definiert expresse den strafbaren Versuch. Und die Vorgeschichte des R.-Str.-G.-B., die etwaigen abweichenden Bestimmungen des preuß. Str.-G.-B., vermöchten daran nichts zu ändern.

Das Reichsgericht erklärt dann (S. 414) weiter, daß, selbst angenommen es gebe nach positivem Recht eine Strafbarkeit des Versuchs der Beihülfe, doch im konkreten Fall kein Versuch der Beihülfe vorliegen würde, weil was F. that an sich schon vollendete Beihülfe sei, und nur wegen der akzessorischen Natur der Beihülfe nicht gestraft werden könne.[431])

Würde man aber in concreto selbst nur versuchte Beihülfe annehmen können, und würde man selbst davon abstrahieren, „daß nach dem Willen des Gesetzes der Versuch der Beihülfe überhaupt nicht strafbar ist", so würde — darauf läuft die nun folgende mit unsrer Aus-

[431]) Die einschlägigen Worte lauten: „Der Angeklagte F. aber hat das, was er zur Unterstützung des W. leisten wollte, vollständig geleistet, ... und das, was er zur Unterstützung desselben leistete, erfüllte zweifellos den Begriff der Beihülfe, war also vollendete, nicht versuchte Beihülfe, nur daß er wegen der akzessorischen Natur der Beihülfe nicht mit der Strafe einer solchen belegt werden kann, weil es an der rechtlichen Existenz einer Hauptthat fehlt". Es springt in die Augen, daß mit dieser Motivierung auch die Konstruktion einer versuchten Teilnahme am vollendeten Verbrechen (vgl. oben S. 167 und S. 166 Note e) abgelehnt ist.

Digitized by Google

führung oben S. 169 übereinstimmende Erwägung des Reichsgerichts hinaus — die Bestrafung des Versuchs der Beihülfe doch nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen. Denn (S. 415):

> „Der Grund, weswegen nach dem Obigen hier eine strafbare Beihülfe nicht vorliegt, besteht darin, daß eine solche nur da vorhanden sein kann, wo eine Hauptthat begangen worden ist, während es hier an einer solchen fehlt. Dieser Grund hindert aber ganz in gleicher Weise die Verhängung einer Versuchsstrafe, wie die einer Strafe wegen vollendeter Beihülfe. Denn die versuchte Beihülfe ist ebenso ein bloßes Akzessorium der Hauptthat, wie die vollendete; hindert also der Rechtssatz, wonach der Mangel einer Hauptthat die Existenz einer strafbaren akzessorischen Teilnahme ausschließt, an der Bestrafung einer vollendeten, so muß er auch an der Bestrafung einer versuchten Beihülfe hindern, und wenn die versuchte Beihülfe straflos ist, so kann die vollendete Beihülfe nicht dadurch strafbar werden, daß man sie als versuchte Beihülfe bezeichnet."

Auf diese richtige Begründung der richtigen Ansicht rekurriert dann auch ein weiteres Erkenntnis des III. Str.-S. vom 7. Juli 1884 R.VI. 523 = E. XI. 37 **[94]** vv. S. 525:

> „nach der von dem Reichsgericht befolgten, in dem Urteile vom 9./16. Juni 1884 c. F. ausgeführten Rechtsmeinung ist die Annahme eines Versuchs der Beihülfe nach der positivrechtlichen Gestaltung, welche der Begriff der Beihülfe im Str.-G.-B. gefunden hat, ausgeschlossen, da das letztere sie nicht als selbständiges Delikt, sondern nur abhängig von der fremden Strafthat unter Strafe stellt."

Dagegen ist das nämliche Resultat — obgleich ebenfalls unter Bezugnahme auf jenes Urteil, doch — entschieden unrichtig begründet in dem Erkenntnis des IV. Str.-S. vom 13. Dezember 1887 R. IX. 724 **[149]** vv. S. 725:

> „Indessen ist, da die Beihülfe sich nach § 49 des Str.-G.-B. als wissentliche Beförderung eines von einem Anderen begangenen Verbrechens oder Vergehens charakterisiert, und es zur Erfüllung des Thatbestandes derselben nicht erforderlich ist, daß die geleistete Hülfe zum Eintritt des Erfolges von Einfluß gewesen [vgl. E. VI. 169], der Versuch einer solchen ausgeschlossen [vgl. E. XI. 62]."

Das Reichsgericht scheint also zu argumentieren: Würde zum Thatbestand der Beihülfe gehören, daß sie wirklich zum verbrecherischen Erfolg etwas beigetragen hat, dann könnte man eine Thätigkeit, die dieses Ziel verfolgte, aber nicht erreichte, allenfalls als Versuch der Beihülfe gelten lassen. Da aber irgend welche Kausalität der Beihülfe für ihren Begriff nicht erforderlich ist, so ist sie mit jeder Thätigkeit, die das Verbrechen des Thäters fördern will, schon vollendet, und die Annahme eines

Digitized by Google

bloßen Versuches der Beihülfe ausgeschlossen. — Das Citat: E. XI. 62 paßt für diese Argumentation von vornherein nicht. Überdies aber fällt die letztere mit der Unrichtigkeit der Prämisse, daß die Beihülfe zum Verbrechenserfolg nichts beigetragen zu haben brauche (vgl. oben §§ 6 ff., § 50, § 98), überhaupt in sich zusammen. Eine „Teilnahme", die für das Verbrechen des Thäters nicht einmal eine Bedingung gesetzt hat, ist eben keine Teilnahme, weder eine vollendete noch eine versuchte: s. oben S. 168.

Ohne weitere Begründung endlich spricht das Urteil des III. Str.-S. vom 28. Januar 1889 E. XVIII. 419 **[165]** aus, daß

(S. 423) „der Versuch der Beihülfe strafrechtlich nicht existiert";

während das oben zuerst zitierte Urteil des nämlichen Str.-S. vom 9./16. Juni 1884 **[91]** auf S. 414 noch den Passus enthält:

„Der Versuch der Anstiftung[432]) ist ebenfalls konstruierbar, aber nach positivem Gesetz nicht strafbar",

ein Passus, in Bezug auf dessen Begründung das oben S. 272 Gesagte ebenfalls Geltung hat.

Den Gedanken endlich der subjektiven Theorie, daß die Teilnahmehandlung für sich betrachtet immer schon ein Versuch des Verbrechens selbst sei (s. oben § 26, § 80 S. 166 sub a), berührt das Reichsgericht direkt überhaupt nicht, hat ihn ja aber bereits mit dem Satze abgelehnt, (vgl. die Stellen oben §§ 129, 131), daß die Teilnahmehandlung für sich betrachtet überhaupt kriminell gleichgültig sei.

2. Hinsichtlich der juristischen Qualifikation der Teilnahmehandlung.

§ 136.

Das Reichsgericht anerkennt mit uns (s. oben §§ 79 ff.), daß die Teilnahmehandlung als bloßes accessorium der Thäterhandlung ihren juristischen Charakter völlig durch die letztere empfange.

Es spricht dies im Allgemeinen aus in den Urteilen:

II. 9. Dezember 1881 R. III. 782 = E. V. 227 **[50]** vv. S. 784: „Die Anstiftung erhält mithin ihren strafrechtlichen Charakter durch die That des Thäters; dies aber selbstredend nur insoweit, als sich der Vorsatz

---

[432]) Vom Versuch der Mitthäterschaft in dem oben S. 133 sub 5 formulierten Sinn hatte das Reichsgericht, soviel ich sehe, überhaupt keine Veranlassung zu handeln. Etwas Anderes ist die Mitthäterschaft beim Versuch eines Verbrechens, wovon III. 7. Mai 1883 R. V. 335 = E. IX. 3 **[74]** und III. 10. Januar 1887 R. IX. 17 = E. XV. 295 **[126]** auf S. 23 sprechen. Sie gehören in den nächsten Paragraphen.

Digitized by Google

des Anstifters und die Handlung des Angestifteten decken[433]). Soweit dies nicht der Fall, liegt auch Anstiftung nicht vor".

IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 — E. XI. 20 **[92]** s. oben S. 264.

III. 7. Juli 1884 R. VI. 523 = E. XI. 37 **[94]** vv. S. 524: „Die in § 49 des Str.-G.-B. positivrechtlich anerkannte akzessorische Natur der Beihülfe ..... äußert ihre Wirkung .... insbesondere auch dahin, daß die geleistete Beihülfe ihren strafrechtlichen Charakter erst durch die That des Thäters erhält, und die strafrechtliche Natur der Hauptthat für die rechtliche Beurteilung der Beihülfehandlung entscheidend ist."

III. 12. April 1886 R. VIII. 281 **[116]**: s. oben S. 264.

und es zieht daraus die Konsequenzen:

1. daß je nach Vollendung oder Versuch der Hauptthat auch die Teilnahmehandlung mit der Vollendungs- oder Versuchsstrafe zu ahnden ist (vgl. oben S. 165 und S. 166 Note 321 sub c). Man vgl. statt aller:[434])

III. 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]** vv. S. 414: „Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat darin, daß die Hauptthat nur bis zum Versuche gelangte, ein Hindernis der Annahme vollendeter Beihülfe nicht erblickt, sondern nur anerkannt, daß die Strafe des Gehülfen in solchem Fall einer zweifachen Reduktion unterliegt (§§ 44, 49 Str.-G.-B.)";

IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 **[92]** vv. S. 476: „wird dem ... Gehülfen die ... konsumierte Hauptthat als Vollendung seiner eigenen strafbaren Handlung zugerechnet";

IV. 19. April 1887 R. IX. 253 **[136]** vv.: „wenn auch weiter anzuerkennen ist, daß die zur Begehung geleistete Hülfe strafbar erscheint, wenn die That selbst nur beim Versuche stehen geblieben";

---

[433]) Aus dieser Beschränkung ergiebt sich dann (vgl. oben S. 164) die Möglichkeit einer verschiedenen kriminellen Qualifikation der That des Teilnehmers und des Thäters im Fall eines sog. Exzesses des letzteren. Vgl. über den Exceß des Thäters außer dem im Text zitierten noch die Urteile des Reichsgerichts II. 23. September 1881 R. III. 524 = E. V. 17 **[46]** [der den Exceß betreffende Teil des Erkenntnisses ist nur in den Entscheidungen mit abgedruckt]; III. 26. Juni 1884 E. XI. 87 **[93]** bes. auf S. 89; I. 7. Juli 1884 E. XI. 118 **[95]**; II. 13. Februar 1885 R. VII. 102 = E. XII. 8 **[98]** bes. S. 104; IV. 7. Mai 1886 R. VIII. 346 = E. XIV. 119 **[115]** S. 347 unten; III. 19. September 1887 R. IX. 436 **[139]** auf S. 438. — Vgl. auch noch III. 2. März 1881 R. III. 93 **[35]** und III. 26. April 1883 R. V. 287 **[71]**. — Daß die Bestimmung des Charakters der Teilnahmehandlung durch den Charakter der Hauptthat von vornherein nicht eine verschiedene Strafausmessung für Thäter und Teilnehmer hindert (oben S. 164), hat das Reichsgericht z. B. ausgesprochen in den Urteilen I. 25. Oktober 1880 R. II. 386 = E. II. 383 **[20]**; I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]**. — Endlich wegen der Möglichkeit resp. Notwendigkeit verschiedener Behandlung der Thäter und der Teilnehmer infolge der Natur gewisser Strafen s. noch III. 5. Mai 1883 R. V. 320 = E. VIII. 279 **[72]**, IV. 24. Oktober 1884 R. VI. 650 **[97]**; III. 12. November 1885 R. VII. 660 = E. XIII. 76 **[103]**; II. 11. Januar 1887 R. IX. 33 **[127]** auf S. 37.

[434]) Vgl. hieher auch noch oben Note 432.

Digitized by Google

II. 25. November 1887 R. IX. 650 **[145]** in den oben S. 268 abgedruckten Worten.

Dabei wird vom Reichsgericht zutreffend betont, daß es eine Teilnahme am Versuch derart, daß der Teilnehmer von vornherein nur einen Versuch des Verbrechens gewollt habe (s. oben S. 166 Note 321 sub b), nicht gebe; so daß also z. B. Derjenige, welcher weiß, die Ausführung der That, an der er mitwirkt, sei wegen Untauglichkeit der anzuwendenden Mittel unmöglich, es könne also nur ein erfolgloser Versuch eintreten, nicht wegen Teilnahme am Versuch gestraft werden kann. Der Wille des Teilnehmers muß stets auf Herbeiführung des Verbrechenserfolges gerichtet sein (vgl. oben S. 128 sub a; ferner §§ 108, 120, 123).

So mit besonders ausführlicher Begründung

I. 17. Februar 1887 R. IX. 139 = E. XV. 315 **[130]**.

Vgl. auch

I. 28. März 1887 E. XVI. 25 **[134]**.

IV. 19. April 1887 R. IX. 253 **[136]**.

II. 29. Mai 1888 E. XVII. 377 **[158]**.

2. Daß auch die in der That objektivierten persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Thäters den Charakter der Teilnahmehandlung mit bestimmen (vgl. oben § 81). Es gehört hierher insbesondere das, zunächst auf die Anstiftung bezügliche Urteil:

I. 29. April 1886 R. VIII. 313 = E. XIV. 102 **[113]** vv. S. 315: „Es kann aber auch nicht zweifelhaft sein, daß bei jenen Reaten, deren Thatbestand an und für sich durch ein bestimmtes persönliches Verhältnis des Thäters bedingt ist oder welche durch das Vorhandensein eines solchen Verhältnisses eine besondere Qualifizierung erleiden, auch diese Momente bei Bestimmung der Strafbarkeit des Anstifters in Betracht zu ziehen sind; denn auch sie sind für die Frage, welches Strafgesetz auf die vom Thäter verübte strafbare Handlung anzuwenden sei, von Bedeutung. Eine Konsequenz dieser akzessorischen Natur der Anstiftung im Gegensatze zum maßgebenden Einflusse der Handlung des Thäters ist die Möglichkeit der Anstiftung zum sog. delictum proprium, wobei beispielsweise ein Nichtbeamter zu einem Beamtenverbrechen anstiften kann.“ [435])

Das Reichsgericht stellt dann im weiteren Verlauf dieser Entscheidung in Gegensatz zu denjenigen persönlichen Eigenschaften des Thäters, welche zum Thatbestand eines (einfachen) Reates gehören oder dasselbe zu einem qualifizierten machen, d. h. eben welche sich in der That selbst objektivieren, diejenigen, welche, ohne die „strafbare Handlung“ des Thäters

[435]) Vgl. dazu auch I. 22. Juni 1882 R. IV. 599 **[61]**.

Digitized by Google

selbst zu affizieren, nur in seiner Person gegeben sind, d. h. also wohl diejenigen, die sich in der That nicht objektivieren. Solche influieren auf den Teilnehmer nicht, wenn sie nicht auch in seiner Person gegeben sind. Dazu rechnet das Reichsgericht die die Person betreffenden Strafzumessungsgründe; „die gesetzlich bestimmten Strafmilderungs- oder Strafschärfungsgründe"; und rein persönliche Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe.[436]) Lediglich auf solche rein persönlichen Momente bezieht das Reichsgericht a. a. O. auch die positive Vorschrift des § 50 R.-Str.-G.-B., in welcher bei solcher Auslegung dann selbstverständlich eine Durchbrechung der Konsequenzen der akzessorischen Teilnahmenatur nicht zu erblicken ist.

Freilich entsprechen die Einzelanwendungen, welche das Reichsgericht vom § 50 R.-Str.-G.-B. macht, dieser Interpretation durchaus nicht immer. Man vgl.:

III. 8. Mai 1880 E. II. 154 **[10]** [§ 217 R.-Str.-G.-B.].
I. 23. September 1880 R. II. 243 = E. II. 261 **[17]** [Rückfall].
III. 2. März 1881 R. III. 93 **[35]** [§ 217 R.-Str.-G.-B.].
II. 20. Mai 1881 R. III. 312 = E. IV. 184 **[39]** [Gewerbsmäßigkeit; Gewohnheitsmäßigkeit; Rückfall].
F.-S. 10. August 1881 E. IV. 377 **[45]** [§ 157 Z. 1 R.-Str.-G.-B.].
IV. 6. Dezember 1887 R. IX. 708 **[148]** [Gewohnheitsmäßigkeit].

Es dürfte daher richtiger gewesen sein, wenn der I. Strafsenat früher — im Urteil vom 22. Juni 1882 R. IV. 599 **[61]** — in der Vorschrift des § 50 R.-Str.-G.-B. eine positivrechtliche Abweichung von der in den vorangehenden Paragraphen statuierten akzessorischen Natur der Teilnahme (lc. speziell der Anstiftung) gefunden hat. Daß auch so aufgefaßt § 50 cit. nicht für die subjektive Teilnahmetheorie beweist, ist oben S. 170 gezeigt.

3. Daß die Frage, ob **eine** oder mehrere **konkurrierende** Teilnahmehandlungen gegeben seien, aus der Thäterschaft heraus zu beantworten sei: darüber s. unten § 140.

3. Hinsichtlich der Zeit der [juristischen] Begehung der Teilnahmehandlung.

§ 137.

Das Reichsgericht folgert aus der akzessorischen Natur der Teilnahme vollkommen richtig (vgl. oben § 82), daß sie als

[436]) Als Beispiel für die letzteren wird in Bezug genommen § 257 Abs. 2 R.-Str.-G.-B.

Digitized by Google

strafbare Handlung „begangen" ist erst mit der Begehung des Verbrechens selbst. Vgl.:

I. 6. November 1879 R. I. 37 **[1]** vv. S. 39: „Diese Hülfeleistung ist aber vollendet, sobald nur überhaupt das Vergehen, auf welches diese beabsichtigte Hülfeleistung gerichtet war, begangen worden ist."

I. 3. November 1881 R. III. 684 **[49]** vv.: „Die Handlung eines jeden der Angeklagten [Beihülfe zum Zweikampf] ist mit Eintritt der von ihm geförderten Wirkung strafbar geworden".

II. 30. März 1883 R. V. 202 = E. VIII. 153 **[70]**: s. oben auf S. 263 [hier insbes. Folgerung aus der akzessorischen Natur].

II. 25. März 1884 R. VI. 219 **[87]** vv. S. 221: „Die Anstiftung zum Diebstahl war als eine nach §§ 242, 48 des Str.-G.-B. strafbare That vollendet, als infolge der . . . Anstiftung . . . der Diebstahl ausgeführt, die Wegnahme . . . . . geschehen war".

Woraus denn auch die wichtigste der oben im § 83 gezogenen Folgerungen abgeleitet wird: daß die Verjährung der Teilnahme erst mit der Verjährung der Hauptthat beginne.[437])

In dem Urteil des II. Str.-S. vom 30. Dezember 1881 R. III. 837 = E. V. 282 **[52]** findet sich auf S. 840 der Passus:

„Würde hiernach schon von allgemeinen Gesichtspunkten aus[438]) bei der Anstiftung wie bei der Beihülfe die Verjährungsfrist erst mit der Hauptthat beginnen müssen, so kann dabei auch der Umstand nicht in das Gewicht fallen, daß die Hauptthat sich als eine Wirkung des Anstiftungsaktes darstellen muß.[439]) Denn die Anstiftung für sich ist . . . . ein strafrechtlich indifferenter Akt, wenn nicht die Hauptthat hinzutritt ꝛc. [s. oben § 129 in.]. Dieses akzessorische Verhältnis der Handlung des Anstifters zu derjenigen des Thäters muß dahin führen, daß erst mit Verübung der letzteren auch erstere als strafbare verjähren kann."

Hierauf nimmt dann Bezug das Urteil des III. Str.-S. vom 14. Juni 1883 R. V. 434 = E. IX. 10 **[77]** vv. S. 437:

„die vom Reichsgericht gebilligte Ansicht (vgl. E. V. 282), welche für den

---

[437]) Implicite liegt dieses Resultat bereits in dem vom Reichsgericht [vgl. oben § 131 i. f.] aufgestellten Satze, daß die Verübung einer (strafbaren) Hauptthat schon zum Thatbestand der (strafbaren) Teilnahme gehöre; wogegen der Ausspruch im Urteil II. 9. Dezember 1881 R. III. 782 = E. V. 227 **[50]** auf S. 783 unten: „daß die Begehung bezw. mindestens der Versuch der Hauptthat seitens des Angestifteten die notwendige Bedingung für die Strafbarkeit des Anstifters ist" und ebenso im Urteil III. 18. März 1889 E. XIX. 147 **[166]** vv. S. 149: „die ihre [scil. der Beihülfe] Strafbarkeit bedingende Hauptthat", zu einem ganz andern Resultate führen könnte: vgl. oben S. 174 zu Note 342. Es fehlt hier wie so oft in der Judikatur des Reichsgerichts an genauer Abwägung der gebrauchten Termini.

[438]) Nämlich damit nicht die Teilnehmer zu dem Zeitpunkt, wo ihre Strafbarkeit und Strafverfolgbarkeit erst beginnt, bereits durch Verjährung vor Strafe geschützt seien.

[439]) Daß dies unrichtig, darüber s. oben S. 174, 175 und § 124.

Digitized by Google

Anfangstermin der Verjährung der Teilnahmehandlungen den Zeitpunkt der verübten Hauptthat entscheiden lassen will",

und nicht minder das Urteil des IV. Str.-S. vom 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 **[92]** vv. S. 476:

„Es ist dies die nämliche Auffassung [scil. von der akzessorischen Natur der Beihülfe], welche in anderer Richtung dahin geführt hat, die Verjährung der strafbaren Anstiftung erst mit der Vollendung der Hauptthat beginnen zu lassen (E. V. 282)."

4. Hinsichtlich des Ortes der [juristischen] Begehung der Teilnahmehandlung.

§ 138.

Auch für die Beantwortung der Frage, an welchem Ort die Teilnahme als strafbare Handlung begangen sei (vgl. oben § 84), zieht das Reichsgericht die akzessorische Natur der Teilnahme heran und kommt so zu dem richtigen Resultat, daß die Teilnahme begangen sei an dem Ort, wo die Hauptthat begangen ist. Man vgl. das — auf das internationale Strafrecht (s. oben § 85 sub a) bezügliche — Urteil:

IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 **[92]** vv. S. 476: „Was aber die hier in Frage stehende Beihülfe anlangt, so kommt, sofern die körperliche Thätigkeit des Gehülfen und des Thäters in verschiedenen Territorien stattgefunden hat, Folgendes in Betracht": [Folgen die oben in § 129 abgedruckten Worte; worauf es weiter heißt:] „Ist also die Hauptthat .... im Inlande verübt und ist erst hierdurch seine [des Gehülfen] Handlung zu einer strafbaren geworden, so ist kraft der akzessorischen Natur der Beihülfe die Auffassung berechtigt, daß auch die im Auslande geleistete Beihülfe als eine im Inlande begangene strafbare Handlung zu gelten und dem inländischen Strafgesetze zu unterliegen habe".

Allein das Reichsgericht operiert in Beantwortung unserer Frage außerdem auch mit dem Begriff der strafbaren Handlung als solcher. Und indem es nun davon ausgeht

einmal, daß unter strafbarer Handlung im Sinn des geltenden Rechts die körperliche Thätigkeit des Handelnden an sich samt ihrem nächsten strafrechtlich relevanten Erfolg zu verstehen sei;[440])

und sodann, daß die Hauptthat die strafrechtlich relevante Wirkung der Teilnahme sei;[441])

[440]) Vgl. die von v. Lilienthal, der Ort der begangenen Handlung, Marburg 1890 auf S. 19 ff. zitierten Urteile des Reichsgerichts.

[441]) Vgl. oben zu Note 439 und die gleich im Text folgenden Entscheidungen des Reichsgerichts.

Digitized by Google

gewinnt es auf diesem Wege das Resultat, daß die Teilnahmehandlung sowohl begangen sei am Ort der Hauptthat, als am Ort der körperlichen Thätigkeit des Teilnehmers (vgl. dazu oben Note 345 i. f.).

So in folgenden, wiederum das internationale Strafrecht betreffenden Urteilen:

III. 14. Juni 1883 R. V. 434 = E. IX. 10 **[77]** vv. S. 436: „Die strafbare Handlung im Sinne des § 3 des Str.-G.-B. ist im Inlande verübt, sobald auch nur die individuelle Willensbethätigung des Handelnden räumlich sich auf deutschem Boden vollzogen hat, und dieser Satz schließt nicht aus, daß der Reat in der Gesamtheit seiner begrifflichen Bestandteile örtlich zu gleicher Zeit unter inländisches, wie ausländisches Recht fällt. . . . . .

Hieraus folgt des weiteren, daß es für den inländischen Begehungsakt einer Beihülfehandlung nicht darauf ankommt, ob die Hauptthat, zu welcher die Beihülfe geleistet wird, im Auslande begangen worden ist. Dadurch verliert die Beihülfehandlung nichts an derjenigen konkreten örtlichen Begrenzung, welche ihr in ihrer selbständigen (? !) Erscheinung einmal beiwohnt, und sie dem inländischen Strafrecht unterwirft".

IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 **[92]**, wo nach den auf voriger Seite abgedruckten Ausführungen fortgefahren wird: „Hierdurch wird andrerseits nicht ausgeschlossen, daß das inländische Strafgesetz auch dann einzugreifen hat, wenn im Inlande Beihülfehandlung zu einer im Auslande begangenen, auch nach dortigem Rechte strafbaren Hauptthat geleistet ist [vgl. E. IX. 10]. Denn, wie oben ausgeführt und auch in dem eben zitierten Urteile des Reichsgerichts vom 14. Juni 1883 anerkannt ist, kann die nämliche Handlung, je nachdem man sie von ihrer äußerlichen Seite als körperliche Thätigkeit der handelnden Person oder in Hinsicht auf ihre strafrechtlich relevante Wirkung betrachtet, sehr wohl den Gebieten verschiedener Staaten angehören, und die Rücksicht auf den Zweck der Strafe in Verbindung mit dem Verbote der Auslieferung deutscher Staatsangehörigen an das Ausland erfordert nicht minder als das natürliche Rechtsgefühl, daß das inländische Strafgesetz Anwendung finde, so oft eine strafbare Handlung auch nur nach einer jener Seiten dem Inlande angehört".

III. 12. April 1886 R. VIII. 281 **[110]** vv. S. 284: „Der Vorinstanz ist nun darin beizutreten, daß, soweit die That des Angeklagten eine Beihülfeleistung enthält, sie jedenfalls auch als im Inlande verübt anzusehen ist, woselbst die Willensbethätigung des Angeklagten sich vollzogen hat [E. IX. 10 ff.], daß sie deshalb als eine im Inlande begangene Handlung dem deutschen Strafgesetze, soweit sie eine Verletzung desselben enthält, unbeschränkt unterliegt, und daß die nach inländischem Rechte begründete Strafbarkeit der vom Inlande aus geleisteten Bei-

Digitized by Google

hülfe dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die beförderte Haupthat im Auslande verübt" [ist].

Vgl. auch noch II. 24. Mai 1887 E. XVI. 114 **[138]** auf S. 115 unten.

§ 139.

Allein ich glaube, daß in den vorstehenden Urteilen das Reichsgericht entschieden auf Abwege geraten ist.

Ich behaupte, daß zum Begriff der begangenen Handlung im Sinn des Reichsstrafrechts die Wirkung der Thätigkeit nicht mit gehört (s. oben S. 172); ich bestreite, daß die Haupthat als Wirkung der Teilnahmehandlung aufzufassen ist (s. oben S. 174, 175); ich behaupte aber endlich, daß das Reichsgericht mit dem Satz: die Teilnahmehandlung ist auch da begangen, wo der Teilnehmer seine körperliche Thätigkeit entfaltet hat, die akzessorische Natur der Teilnahme, die es doch mit uns vertritt, preisgegeben hat. Denn nimmt man es mit der letzteren ernst, so ist die Teilnahmehandlung juristisch nur da begangen, wo sie zur kriminalistisch relevanten wird, nämlich am Ort der Haupthat (s. oben § 84). Sobald man auch den Ort der Teilnahmethätigkeit selbst entscheiden läßt, behandelt man sie als selbständig, wie dies denn auch das erste der bekämpften Urteile ausdrücklich anerkennt, während sie doch eben als strafbare Handlung, als welche sie hier allein in Frage kommt,[442]) eine Selbständigkeit nicht besitzt.

Völlig verfehlt ist es daher, wenn das Reichsgericht in einem letzten hierher gehörigen Urteil des III. Str.-S. vom 18. März 1889 E. XIX. 147 **[166]** jenen angeblichen doppelten Begehungsort der Teilnahmehandlungen aus deren akzessorischer Natur selbst ableiten will:

> S. 149 vv.: „Aus dieser akzessorischen Natur der Beihülfe ergiebt sich, daß als der Ort, wo sie als strafbare Handlung begangen worden ist, nicht bloß der Ort, an welchem der Hülfeleistungsakt vor sich ging, sondern auch der Ort anzusehen ist, an welchem die ihre Strafbarkeit bedingende Haupthat verübt wurde".[443])

Erwähnt sei endlich noch, daß das Reichsgericht den Ort der Begehung der Mitthäterschaft speziell (vgl. oben § 84 S. 176) konstruiert nicht auf Grund der akzessorischen Natur der Teilnahme, sondern auf Grund der Haftung eines jeden Teilnehmers „für die inner-

[442]) Dies betont auch IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 **[92]** auf S. 474 unten, übersieht dann aber in den oben abgedruckten Worten völlig, daß die Teilnahmehandlung nach der Seite ihrer körperlichen Vollziehung hin eine strafbare Handlung nicht ist.

[443]) Auf das neue Bedenken, das sich aus diesen letzten Worten ergiebt, will ich hier nicht weiter eingehen: vgl. oben Note 437.

Digitized by Google

halb des Rahmens des gewollten Zusammenwirkens fallende Thätigkeit des Genossen":

IV. 24. Juni 1884 R. VI. 473 = E. XI. 20 [92] S. 475/76.

5. Hinsichtlich der juristischen Einheit oder Mehrheit der Teilnahmehandlungen.

§ 140.

So erübrigen uns schließlich noch die die Lehre von der Verbrechenskonkurrenz betreffenden Fragen (vgl. oben unseren § 86). Auch hier finden wir die Judikatur des Reichsgerichts völlig im Einklang mit den von uns aus der akzessorischen Natur der Teilnahme gezogenen Konsequenzen. So

1. für den Fall, daß zu Einem Verbrechen Jemand mehrfach durch gleichartige Teilnahmehandlungen mitgewirkt hat.

Vgl. II. 9. Dezember 1881 R. III. 782 = E. V. 227 [50] vv. S. 784: „Eine notwendige Konsequenz dieser unselbständigen, von der Hauptthat bestimmten Natur der Anstiftung und insbesondere der angeordneten Anwendung der für den Thäter vorgesehenen Strafandrohung auf den Anstifter ist es, daß . . . mehrere Anstiftungen zu derselben Hauptthat nur als ein Reat gelten und deshalb nur mit der einfachen Strafe der begangenen Mißthat geahndet werden können".

III. 7. Juli 1884 R. VI. 523 = E. XI. 37 [94] vv. S. 524: „Für die Beurteilung dieser Frage folgt aus der akzessorischen Natur der Beihülfe, daß es nicht darauf ankommt, ob die Beihülfe durch einen oder durch mehrere äußerlich getrennte Akte der Beförderung fremder Strafthat sich vollzogen und ob letzterenfalls die mehreren Akte auf einem einheitlichen oder auf einem sukzessiv gefaßten mehrfachen Entschlusse beruhen, sondern ausschließlich darauf, ob die Beihülfe geleistet ist zu einer Strafthat, oder zu einer Mehrheit von selbständigen ..... strafbaren Handlungen..... In dem . . Falle, daß zu einer — vollendeten oder versuchten — Strafthat durch mehrere Akte Hülfe geleistet wird, führt die bezeichnete, durch die Hauptthat bestimmte Natur der Beihülfe mit Notwendigkeit dazu, daß zu der einen Hauptthat auch nur eine strafbare Beihülfe möglich ist, mag auch dieselbe durch mehrere, nach der äußeren Gestalt und dem Willen des Gehülfen als selbständig sich darstellende Akte zur Erscheinung kommen".

2. Daß auch mehrere ungleichartige Teilnahmehandlungen der nämlichen Person zu Einem Verbrechen eines Dritten nur als Eine, und zwar als die schwerste, Teilnahmehandlung bestraft werden dürfen, ist anerkannt in den Urteilen:

III. 1. Mai 1880 R. I. 707 = E. II. 145 [9] vv.: „Nun kann aber eine Gesamtstrafe nach § 74 nur ausgesprochen werden gegen denjenigen, welcher durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen

Digitized by Google

begeht. Der Anstifter wird aber wie der Thäter bestraft, und so wenig der Mitthäter zugleich als Thäter und als Gehülfe des andern Thäters bestraft werden kann, so wenig kommt bei dem Anstifter eine Beihülfe, welche er bei der Ausführung gewährt hat, noch als besonders strafbare Handlung neben der Anstiftung in Betracht; vielmehr kann nur bei der Strafzumessung darauf Rücksicht genommen werden, daß sich der Anstifter zugleich bei der Ausführung beteiligt hat".

III. 1. Dezember 1880 E. III. 162 **[23]** vv. S. 165: „weil .... eine gleichzeitige Annahme von Anstiftung und Beihülfe in betreff der nämlichen That als unzulässig sich darstellt (vgl. Urteil des Reichsgerichts gegen M. vom 1. Mai 1880)".

II. 26. September 1882 R. IV. 715 **[64]** vv.: „Indem der Richter .. die einzelnen Akte der Mißhandlung als eine einheitliche Handlung auffaßt, also nur einen Straffall annimmt, war er behindert, die verschiedenen Arten der Thätigkeit, welche die Angeklagte einmal als Anstifterin und außerdem als [Mit-] Thäterin entwickelt hat, als verschiedene selbständig strafbare Handlungen aufzufassen und unter Annahme einer realen Konkurrenz auf Grund des § 74 der Str.-Pr.-O. [soll heißen: „des Str.-G.-B."] zu bestrafen. Die Bezeichnung der Anstiftung als einer „„ferneren selbständigen Handlung"" beruht offenbar auf der Annahme eines neuen selbständigen Entschlusses zu dieser Thätigkeit; diese Selbständigkeit ist aber, wenn nur ein Straffall vorliegt, ohne rechtliche Bedeutung; die verschiedenen Arten der Beteiligung an einem und demselben Delikt können nur als eine Strafthat angesehen werden".

III. 5. Mai 1884 R. VI. 352 = E. X. 406 **[88]** vv. S. 355: „Vielmehr muß auch hier der Rechtssatz in Kraft treten, daß, steht die Mitschuld an einem Delikt in verschiedenen leichteren und schwereren Formen in Frage, die schwerste Form allein in Betracht zu kommen hat".

III. 3. November 1887 R. IX. 553 = E. XVI. 374 **[143]** vv. S. 555: „Dann greift auch der Rechtssatz Platz, daß bei mehrfacher Beteiligung derselben Personen an einem Delikte in verschiedenen leichteren und schwereren Formen allein die schwerste Form in Betracht kommt (E. X. 409)".

Es ist lediglich eine — hier nicht weiter zu verfolgende — Inkonsequenz in der Anwendung dieser richtigen Sätze ad 1 und 2, wenn das Reichsgericht in dem Urteil des III. Str.-S. vom 5. März 1888 R. X. 207 = E. XVII. 227 **[152]** die Möglichkeit mehrerer real konkurrierender Teilnahmehandlungen der nämlichen Person zu einem fortgesetzten Verbrechen eines Dritten verteidigt.

3. Daß endlich die Mehrheit der Verbrechen stets auch die Teilnahme daran zu einer Mehrheit strafbarer Handlungen macht, selbst wenn die Teilnahmehandlung an sich eine einheitliche war, hat das Reichsgericht in einer Reihe von Ur-

Digitized by Google

teilen, teilweise unter ausdrücklicher Schlußfolgerung aus der akzessorischen Natur der Teilnahme, anerkannt. Es gehören hierher:

II. 21. Dezember 1880 R. II. 656 = E. III. 145 **[26]**, wo implicite ausgesprochen ist, daß, wenn infolge Einer Anstiftung eine Mehrheit strafbarer Handlungen begangen wurde, der Anstifter für jede begangene strafbare Handlung strafbar erscheint.

III. 9. April 1881 E. IV. 95 **[37]** vv. S. 97: „Im vorliegenden Falle handelt es sich . . . . . nicht um selbständige Straffälle, sondern um Beihülfe zu fremden Straftaten, welche vom Richter ausdrücklich als eine Mehrheit selbständiger Handlungen bezeichnet worden sind. Eine einheitliche, als eine Handlung sich darstellende Beihülfe zu mehreren selbständigen Handlungen läßt sich nun aber nach der akzessorischen Natur der Beihülfe nicht annehmen und zwar selbst dann nicht, wenn sich die Beihülfe nach ihrer Beschaffenheit als ein Thätigkeitsakt darstellt".

I. 3. November 1881 R. III. 684 **[49]**.

II. 9. Dezember 1881 R. III. 782 = E. V. 227 **[50]** vv. S. 784: „Eine notwendige Konsequenz dieser unselbständigen, von der Natur der Hauptthat bestimmten Natur der Anstiftung . . . . . ist es, ... daß . . . bei einer einzigen Anstiftung zu mehreren Delikten — möge sie an eine Person, welche infolge der Anstiftung mehrere derartige selbständige Delikte begeht, oder gleichzeitig an mehrere Personen, von denen jede für sich die durch die Anstiftung verursachte Mißthat ausführt, gerichtet gewesen sein — auch bezüglich der Anstiftung reale Konkurrenz so vieler Reate anzunehmen ist, als nach dem Willen des Anstifters von den Angestifteten verübt werden sollten und verübt worden sind. Denn von einer idealen Konkurrenz im Sinn des § 73 des Str.-G.-B., welche vorliegt, wenn ein und dieselbe Handlung verschiedene Strafgesetze verletzt, kann nicht die Rede sein, weil die Anstiftung für sich allein ein indifferenter Akt ist und kein Strafgesetz verletzt, unter „Handlungen" in den §§ 73 und 74 das. aber strafbare Handlungen zu verstehen sind."

II. 30. März 1883 R. V. 202 = E. VIII. 153 **[70]** vv. S. 206; „Die anstiftende Thätigkeit . . . . . kann, wenn auf mehrere selbständige strafbare Handlungen gerichtet, eine einheitliche sein, und stellt trotzdem, wenn diese begangen (oder strafbar versucht) sind, so viele Strafthaten dar, als selbständige strafbare Handlungen begangen sind, für deren jede der Anstiftende nach dem sie betreffenden Strafgesetze zu bestrafen ist. Aus dieser rein akzessorischen Beziehung der Anstiftung zur Hauptthat ergiebt sich, daß der Anstiftende selbst in dem Falle, daß seine Thätigkeit eine einheitliche war, dadurch doch so viele strafbare Handlungen begangen hat, als er selbständige strafbare Handlungen herbeigeführt hat. Stehen die herbeigeführten Handlungen zu einander in dem Verhältnisse realer Konkurrenz im Sinne des § 74 des Str.-G.-B., so greift diese Gesetzesvorschrift auch dem Anstifter gegenüber Platz".

II. 19. Juni 1883 R. V. 455 = E. VIII. 371 **[78]**.

Digitized by Google

III. 9./16. Juni 1884 R. VI. 408 = E. XI. 56 **[91]** auf S. 411.

III. 7. Juli 1884 R. VI. 523 = E. XI. 37 **[94]** vv. S. 524: „Für den Fall, daß durch einen einheitlichen Akt Beihülfe zu einer Mehrzahl realkonkurrierender Strafthaten geleistet worden ist, hat das Reichsgericht bereits in dem Urteile vom 9. April 1881 (E. IV. 95) anerkannt, daß die unselbständige Natur der Beihülfe die Annahme einer einheitlichen, als eine Handlung sich darstellenden Beihülfe ausschließe, daß vielmehr die strafrechtliche Selbständigkeit jedes einzelnen Aktes, zu welchem Hülfe geleistet wurde, auch die zu demselben geleistete Hülfe zu einem besonderen, durch seine Beziehung zu der selbständigen Hauptthat sich von selbst gegen die Hülfeleistung zu anderen Strafthaten abgrenzenden Akt, also zu einem selbständigen Falle der Beihülfe macht".

Diese massenhafte Verwertung der akzessorischen Natur der Teilnahme zu tief einschneidenden Konsequenzen in der Judikatur des Reichsgerichts beweist, wie fest das letztere diese Natur im positiven Recht begründet hält. Daß aber diese Charakterisierung der Teilnahme mit der subjektiven Teilnahmetheorie einfach unverträglich ist, das ist dem Reichsgericht entgangen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Schlußwort.

Wir glauben durch die vorstehenden Untersuchungen den Beweis für folgende Sätze erbracht zu haben:

I. Die Strafsenate des Reichsgerichts haben sich in der Lehre von der Teilnahme im Strafrecht an eine Theorie angeschlossen, welche — ihre wissenschaftliche Haltbarkeit vorausgesetzt, aber nicht zugegeben — in der Praxis notwendig zu ungerechten Verurteilungen führen muß. Denn sie verlegt den Unterschied der Teilnahmehandlungen von der Thäterschaft und untereinander und damit die empfindliche Verschiedenheit der im Gesetz angedrohten Strafen, statt in äußerlich leicht erkennbare, objektive Momente, in die innersten Seelenvorgänge des Handelnden. Sie verlangt von uns die Diagnose, ob der Handelnde ein so selbständiges Interesse an dem Verbrechen, zu dem er mitwirkte, besaß, daß er dasselbe wollte, auch wenn die übrigen Mitwirkenden es nicht wollten; oder ob sein Interesse am Verbrechen ein so geringes war, daß er seinen Verbrechenswillen völlig von dem seines Komplizen abhängig machte. Da auch der feinste Psychologe diese Diagnose nie mit Sicherheit wird treffen können, so sind die unausbleibliche Folge irrige Entscheidungen und ungerechte Richtersprüche.

II. Die Strafsenate des Reichsgerichts, des zur Wahrung einer einheitlich richtigen Gesetzesanwendung in ganz Deutschland eingesetzten und berufenen Gerichtes, haben sich an diese Theorie angeschlossen, obgleich sie im Gesetz keinen Halt und keine Stütze hat. Denn diejenige Theorie von Ursache und Bedingung im Strafrecht, welche der subjektiven Teilnahme-

Digitized by Google

theorie zur Stütze dienen könnte, ist, wie sich kaum bestreiten läßt, vom geltenden Recht nicht adoptiert. Die von der Teilnahme handelnden Gesetzesparagraphen aber beweisen, indem sie überall lediglich nach der Art und Weise der Thätigkeit der zum Verbrechen Zusammenwirkenden unterscheiden, jeden Unterschied in Zweck, Motiv und Interesse aber durch ihr Schweigen für irrelevant erklären, direkt gegen die subjektive Teilnahmetheorie, soweit das Reichsgericht die letztere vertritt.

III. Die Strafsenate haben denn auch für ihre, dem Gesetz untergelegte Theorie einen Beweis aus dem Gesetz kaum angetreten, geschweige denn geführt. Sie haben verfahren, als wenn die Paragraphen des Strafgesetzbuches über Teilnahme so gefaßt wären, daß man jede Theorie, welche man de lege ferenda für die richtigere betrachtet, auch in die lex lata hineinlegen könnte. Und doch hat in der Wissenschaft, selbst von den Vertretern der subjektiven Teilnahmetheorie, kaum Einer noch dieselbe auch dem positiven Recht gegenüber zu verfechten versucht. Und doch hat auch die weitaus überwiegende Praxis der Deutschen Gerichte, wie die Judikatur des Reichsgerichts erkennen läßt,[444]) anfangs keine andere als die objektive Teilnahmetheorie im Gesetz sanktioniert gefunden, und sich nur widerstrebend, durch die autoritäre Stellung des Reichsgerichts gezwungen, dessen abweichender Gesetzesauslegung gefügt. Dieser Stand der Wissenschaft und der Praxis enthielt für die Strafsenate die gebieterische Aufforderung, ihre subjektive Interpretation des Gesetzes aus dem Gesetze selbst heraus als die richtige darzuthun.

IV. Statt jedoch auf das Gesetz stützen sich die Strafsenate des Reichsgerichts für ihre subjektive Teilnahmetheorie auf die Motive des Gesetzes. Diese betrachten sie als ausschlaggebend für die Feststellung des Willens des Gesetzes. Die Strafsenate nehmen damit für die Gesetzesauslegung überhaupt einen Standpunkt ein, der von der Wissenschaft einmütig als unzulässig verurteilt, von den Gesetzgebungsfaktoren selbst als unbegründet verworfen,[445]) von den Civil-

[444]) Vgl. auch Olshausen zu § 47 sub 6 der 3. Auflage.

[445]) Ich denke dabei an die bekannten Äußerungen von Leonhardt und v. Amsberg bei der Beratung der Reichsjustizgesetze; vgl. Sten. Ber. des Reichstags 2. Leg.-Per. II. Sess. 1874/75 S. 275, 276; Prot. der Reichstagskom. S. 138, 139. v. Amsberg schloß damals seine Auseinandersetzung, daß die Motive (der Justiz-

Digitized by Google

senaten des Reichsgerichts treffend als unrichtig zurückgewiesen worden ist.[446]) Die Strafsenate benützen aber speziell für die Auslegung der §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. in der von ihnen zur Stütze der subjektiven Teilnahmetheorie herangezogenen Stelle der Motive einen Ausspruch, der auch seinem Inhalte nach absolut nicht Dasjenige zu beweisen vermag, was die Strafsenate damit beweisen wollen.

V. Soweit die Strafsenate die subjektive Teilnahmetheorie dem geltenden Rechte unterlegen, nämlich in der Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe, thun sie es in einer durchaus ungenügenden und schwankenden Weise. Sie tasten unsicher umher in der Auslegung des Gesetzes, wo es gilt, mit dessen Wortlaut die subjektive Teilnahmetheorie in Einklang zu bringen. Sie verkennen den innigen Zusammenhang der Lehre von der Teilnahme mit der Lehre von der Kausalität im Strafrecht, wo es gilt, von letzterer aus mittels logischer Schlußfolgerung die subjektive Teilnahmetheorie als dem Sinne des Gesetzes entsprechend darzuthun. Sie schwanken zwischen weit voneinander abliegenden juristischen Begriffen, wo es sich darum handelt, ihre subjektive Unterscheidung zwischen Mitthäterschaft und Teilnahme wissenschaftlich zu charakterisieren. Sie verleugnen endlich selbst auf diesem Gebiet in nicht wenigen Urteilen die subjektive Teilnahmetheorie vollständig, indem sie zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe nach rein objektiven Merkmalen unterscheiden.

VI. Die Strafsenate vertreten bei Auslegung des geltenden Rechts die subjektive Theorie von vornherein nicht für die ganze Lehre von der Teilnahme, sondern nur für ein Stück derselben, für die Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe. In allen übrigen Stücken, so hinsichtlich der Frage, ob und inwiefern die Mitthäterschaft und die Anstiftung der Thäterschaft gegenüber besondere Schuldformen seien, wie die Anstiftung zur intellektuellen Beihülfe sich verhalte, und insbesondere hinsichtlich der Frage, ob die Teilnahme ein selb-

---

gesetze) nicht einmal als Willensäußerungen des Gesetzgebers betrachtet werden könnten, mit den Worten: „Es verhält sich mit ihnen ebenso wie mit den Motiven zum Strafgesetzbuch".

[446]) Vgl. oben S. 87 Note 112.

Digitized by Google

ständiges oder nur akzessorisches verbrecherisches Verhalten sei, ziehen sie die Konsequenzen nicht der subjektiven, sondern der objektiven Teilnahmetheorie. Damit erheben sie gegen das Gesetz einen Vorwurf, der wenn möglich noch schlimmer ist als der der Prinzipienlosigkeit, den Vorwurf bei der Aufstellung seiner Normen über Teilnahme zwei verschiedene, diametral entgegengesetzte und in unlöslichem Widerspruch stehende, Prinzipien befolgt zu haben. M. a. W. sie imputieren unserem Gesetzgeber, daß er entweder die Prämissen, welche für die Konstruktion der Teilnahmelehre bedingend sind, nicht klar erkannt habe, oder nicht imstande gewesen sei, die Konsequenzen, die sich aus der einen oder der anderen Prämisse ergeben, zu unterscheiden!

Wir fürchten, daß dieser Vorwurf auf das Reichsgericht selbst zurückfällt. Das Gesetz ist, wie wir im zweiten Abschnitt dieses Buches gezeigt haben, vollständig unschuldig an Dem, was die Strafsenate des Reichsgerichts aus seinen Bestimmungen gemacht haben.

Die Judikatur des Reichsgerichts aber in der Lehre von der Teilnahme, so wie wir sie geschildert haben, ist um so unbegreiflicher, als in seinem Schoße der Gelehrte sitzt, der als der konsequenteste Vertreter der subjektiven Teilnahmetheorie überall anerkannt ist, und dessen zahlreiche Schriften den Strafsenaten die Haltlosigkeit ihrer Teilnahmejudikatur deutlich hätten zum Bewußtsein bringen müssen. v. Buri hat gezeigt, daß die Wurzel der subjektiven Teilnahmetheorie die Lehre von der Identität der Ursache und der Bedingung sei; v. Buri hat die subjektive Theorie mit scharfer Logik in allen ihren Konsequenzen dargelegt; v. Buri hat verschiedentlich mit Energie darauf hingewiesen, daß ein Kompromiß zwischen subjektiver und objektiver Teilnahmetheorie unmöglich sei; v. Buri hat endlich mit aller Bestimmtheit anerkannt, daß weder die der subjektiven Teilnahmetheorie zu Grunde liegende Kausalitätslehre, noch die subjektive Teilnahmetheorie selbst vom Gesetz sanktioniert seien, daß dieses vielmehr auf dem Standpunkt der Lehre von der Teilbarkeit des Erfolges, der Unterscheidung von Ursache und Bedingung, auf dem Standpunkt der objektiven Teilnahmetheorie stehe. Und dennoch sind die Strafsenate des Reichsgerichts zu einer Teil-

Digitized by Google

nahmejudikatur gelangt, welche, von einer konsequenten Durchführung der subjektiven wie der objektiven Theorie gleich weit entfernt, uns das höchste Gericht im Deutschen Reich auf einem Standpunkt völliger wissenschaftlicher Vereinsamung in einer der wichtigsten Materien des Strafrechts zeigt!

Wir verzichten auf einen Versuch, diese höchst befremdliche Erscheinung zu erklären, und überlassen ihn gerne Andern.

Aber wir schließen mit dem Wunsche, daß im Interesse des Ansehens des Gesetzes und des Reichsgerichts selbst das letztere baldigst mit einer Rechtsprechung brechen möge, die ebenso mit dem Gesetz wie mit der Wissenschaft in Widerspruch steht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalts-Übersicht.

Einleitung.

Der Gegensatz der objektiven und subjektiven Teilnahmetheorie in seinem Zusammenhang mit der Lehre von der Kausalität.

Seite

§ 1. Alle Teilnahme ist ein Verursachen durch Mehrere 5
§ 2. Die subjektive und die objektive Teilnahmetheorie als Konsequenzen verschiedener Kausalitätstheorieen 5
§ 3. Die subjektive Teilnahmetheorie ist eine Gefahr für die Strafrechtspraxis und daher nicht ohne zwingende Notwendigkeit zu acceptieren . . . 8
§ 4. Methode der nachstehenden Untersuchungen 12

Erster Abschnitt.

Die subjektive Teilnahmetheorie.

§ 5. Plan dieses Abschnittes 15

Erstes Kapitel.

Die Mitwirksamkeit aller Teilnahmehandlungen für den Verbrechenserfolg.

§ 6. Die Mitwirksamkeit aller Teilnahmehandlungen eine Existenzfrage für die subjektive Theorie 16
§ 7. Die Bestreitung der Mitwirksamkeit der Beihülfe 16
§ 8. Bekämpfung dieser Bestreitung 19
§ 9. Die Ansicht v. Buri's und Janka's über diese Vorfrage 21

Zweites Kapitel.

Die Unmöglichkeit einer objektiven Unterscheidung.

§ 10. Im Allgemeinen 22
§ 11. Insbesondere: Unmöglichkeit objektiver Scheidung zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe 23
§ 12. Insbesondere: Unmöglichkeit einer Unterscheidung zwischen physischer und intellektueller Mitwirksamkeit 25
§ 13. Insbesondere: Unmöglichkeit objektiver Unterscheidung zwischen Anstiftung und intellektueller Beihülfe 25

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Seite

Die Notwendigkeit und die Art und Weise der subjektiven Unterscheidung.

§ 14. Versuch einer Unterscheidung im Dolus 30
§ 15. Unmöglichkeit solcher Unterscheidung 32
§ 16. Versuch einer Unterscheidung nach Zweck und Interesse 35
§ 17. Bedenken dagegen v. Buri's Unterscheidung 36
§ 18. Resultat der subjektiven Unterscheidung 39

Viertes Kapitel.

Die Durchführung der subjektiven Unterscheidung für die einzelnen Arten der Teilnehmer.

§ 19. Für Mitthäterschaft und physische Beihülfe; Inkonsequenz hinsichtlich der „Haupthandlung“ 40
§ 20. Für Anstiftung und intellektuelle Beihülfe 44

Fünftes Kapitel.

Die nächsten Konsequenzen der subjektiven Unterscheidung.

§ 21. Zurückführung aller Gegensätze zwischen Thätern und Teilnehmern, sowie zwischen den Teilnehmern unter sich, auf Urheberschaft und Beihülfe 47
§ 22. Leugnung der akzessorischen Natur der Teilnahme 49
§ 23. Insbesondere auch der Beihülfe. Trotzdem verlangt v. Buri Vorstellung der Mitwirksamkeit eines Andern bei jeder Teilnahme 50

Sechstes Kapitel.

Die entfernteren Konsequenzen der subjektiven Unterscheidung.

§ 24. Bedeutungslosigkeit eines Komplotts 53
§ 25. Möglichkeit kulposer Teilnahme 55
§ 26. Selbständige Strafbarkeit der Teilnahmehandlung als Versuch des Verbrechens 57
§ 27. Straf- wie Schuldausschließungsgründe beschränken sich auf den einzelnen Mitwirkenden 60
§ 28. Ort und Zeit der Begehung der Teilnahmehandlung bestimmen sich juristisch nach der Thäterhandlung 65
§ 29. Konsequenzen für die Konkurrenzlehre 68
§ 30. Konsequenzen für den Einfluß persönlicher Verhältnisse 71

Zweiter Abschnitt.

Die positivrechtliche Gestaltung der Lehre von der Teilnahme.

Erster Titel.

Die Kausaltheorie des positiven Rechts und die daraus zu folgernde Teilnahmetheorie.

§ 31. Das positive Recht unterscheidet Ursache und Bedingung 79
§ 32. Es ist demnach auf die objektive Teilnahmetheorie angewiesen 81

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Beweis für die objektive Theilnahmetheorie des positiven Rechts.

I. Im Allgemeinen.

Seite

§ 33. Die Teilnahme eine besondere Schuldform 83
§ 34. Die Teilnahme in drei Arten von der Thäterschaft geschieden 84

II. Auslegung der §§ 47 ff. R.-Str.-G.-B. insbesondere.

A. Die Motive und ihr Wert für die Auslegung der §§ 47 ff.

§ 35. Der Wert der Gesetzesmaterialien für die Auslegung der Gesetze überhaupt 85
§ 36. Der Wert der Motive zum 3. Abschnitt des R.-Str.-G.-B. für dessen Auslegung insbesondere 86

B. Der Inhalt des Gesetzes selbst.

§ 37. Allgemeine Betrachtung 89

Erstes Kapitel.

Die verschiedene Mitwirksamkeit der Teilnehmer.

1. Das „gemeinschaftlich ausführen" des § 47.

§ 38. Das „ausführen" bezieht sich auf die Ausführung des Verbrechens und ist objektiv zu verstehen 91
§ 39. Es bedeutet zunächst: die Ursache des verpönten Erfolgs setzen . . . 95
§ 40. Oder, was dasselbe ist, die Thatbestandshandlung vornehmen . . . 96
§ 41. Beweis hiefür aus dem positiven Recht 100
§ 42. Das „gemeinschaftlich" ausführen bedeutet je zum Teil ausführen . 102
§ 43. Ist daher von einem mehrfachen gänzlichen ausführen wohl zu unterscheiden 103
§ 44. Und auch nicht zu interpretieren mit Mitwirken an oder bei der Ausführung 105
§ 45. Speziell: die Ausführungshandlung im Falle mehrerer gesetzlicher Thatbestandshandlungen 107
§ 46. Speziell: die Ausführungshandlung bei juristischer Einheit mehrerer natürlicher Handlungen 109
§ 47. Ergebniß bezüglich des § 47 R.-Str.-G.-B. 110

2. Das „Hülfe leisten" des § 49 R.-Str.-G.-B.

§ 48. Steht auf dem Boden der objektiven Teilnahmetheorie 111
§ 49. Nähere Charakterisierung der Beihülfe des R.-Str.-G.-B. 112
§ 50. Mitwirksamkeit der Beihülfe für den Verbrechenserfolg 114

3. Das „Bestimmen" des § 48 R.-Str.-G.-B.

§ 51. Anstiftung ist intellektuelle Einwirkung 116
§ 52. Welche aber nie die freie Selbstbestimmung ausschließen darf . . . 116
§ 53. Ebendeswegen war die Anstiftung als besondere Schuldform nötig . . 118
§ 54. Unterschied von der mittelbaren Thäterschaft 120
§ 55. Unterschied von der intellektuellen Beihülfe 121
§ 56. Resultat des Ersten Kapitels 122

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Seite

Die Schuldseite der Teilnahme nach positivem Recht.

§ 57. Die Teilnahme hat, wie jede kriminelle Begangenschaft, einen subjektiven Thatbestand 123
§ 58. Diese Schuld des Teilnehmers muß die ihm fehlende Kausalität ergänzen 125
§ 59. Verteidigung dieses Satzes gegen v. Buri 126
§ 60. Die Schuld des Teilnehmers kann nie in culpa bestehen 127
§ 61. Bestandteile der Schuld der Teilnehmer im Einzelnen 128
§ 62. v. Buri's Einwand betr. den Irrtum eines Teilnehmers bezüglich der Kausalität seines Thuns 130
§ 63. Widerlegung dieses Einwandes 132
§ 64. Die Bestimmungen des geltenden Rechts über die Schuld der Teilnehmer und zwar a. des Anstifters, b. des Gehülfen 133
§ 65. Fortsetzung. c. des Mitthäters 136
§ 66. Bekämpfung der Ansicht, daß jede Teilnahme am Verbrechen Willenseinigung der Mitwirkenden voraussetze 140
§ 67. Bekämpfung der Ansicht, daß der zum Verbrechen gehörige Zweck von allen Teilnehmern verfolgt werden müsse 142

Drittes Kapitel.

Die akzessorische Natur der Teilnahme nach positivem Recht.

1. Grund und Begriff der akzessorischen Natur der Teilnahme. Bedeutung ihrer Anerkennung im positiven Recht.

§ 68. Die Teilnahmehandlungen sind an sich nicht strafbar; auch nicht als Versuch 144
§ 69. Sie werden es erst durch die Ausführung des Verbrechens: das ist die akzessorische Natur der Teilnahme 146
§ 70. Sie kommt allen Arten der Teilnahme zu, insbesondere auch der Mitthäterschaft 147
§ 71. Ihre Anerkennung im positiven Recht beweist, daß dieses auf dem Boden der objektiven Theorie steht 150

2. Genauere Präzisierung der akzessorischen Natur der Teilnahme.

§ 72. Die That selbst muß ein Verbrechen sein, damit die Teilnahmehandlungen strafbar seien 152
§ 73. Dagegen braucht der Verbrecher nicht strafbar zu sein, damit der Teilnehmer es sei 154
§ 74. Fälle der Strafbarkeit des Teilnehmers trotz Straflosigkeit des Thäters 156
§ 75. Fälle der Straflosigkeit der Teilnahme infolge der Straflosigkeit der That 158
§ 76. Die abweichende Ansicht Herzog's 159
§ 77. Widerlegung dieser Ansicht 161
§ 78. Resultat 163

3. Konsequenzen der akzessorischen Natur der Teilnahme.

§ 79. 1. Abhängigkeit der strafrechtlichen Qualifikation der Teilnahmehandlung von der der Thäterhandlung 164
§ 80. a. hinsichtlich des Versuches und der Vollendung 165
§ 81. b. hinsichtlich des Einflusses persönlicher Verhältnisse 169
§ 82. 2. Abhängigkeit der Zeit der (juristischen) Begehung der Teilnahmehandlung von der der Thäterhandlung 171
§ 83. Konsequenzen hieraus; insbesondere hinsichtlich der Verjährung der Teilnahmehandlungen 172

Digitized by Google

Seite

§ 84. 3. Abhängigkeit des Ortes der (juristischen) Begehung der Teilnahmehandlung von der Thäterhandlung 175
§ 85. Konsequenzen hieraus; insbesondere für das internationale Strafrecht . 176
§ 86. 4. Abhängigkeit der (juristischen) Einheit oder Mehrheit der Teilnahmehandlungen von jener der Thäterhandlungen 179

Dritter Abschnitt.

Die Judikatur des Deutschen Reichsgerichts in der Teilnahmelehre.

Vorbemerkungen.

§ 87. Die Kausaltheorie des Reichsgerichts 185
§ 88. Die daraus sich ergebende Teilnahmetheorie und der Plan ihrer Bekämpfung im Folgenden 187

Erster Titel.

Der Unterschied der Mitthäterschaft von der Beihülfe.

§ 89. Die Formulierung der subjektiven Unterscheidung in der Judikatur des Reichsgerichts. Die beiden ersten hieher gehörigen Urteile . . . 187
§ 90. Fortsetzung. Die weiteren hierher bezüglichen Erkenntnisse 189

A. Kritik der Leugnung eines objektiven Unterschiedes zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe seitens des Reichsgerichts.

Erstes Kapitel.

Die Leugnung ist unverträglich mit dem Wortlaut des Gesetzes.

1. „Ausführen" kann nicht bedeuten jede auf die Ausführung gerichtete Thätigkeit.

§ 91. Die Urteile des Reichsgerichts, welche das „ausführen" derart interpretieren 194
§ 92. Bedenken gegen diese Interpretation 196
§ 93. Sie wird vom Reichsgericht selbst preisgegeben hinsichtlich der Anstiftung 197

2. „Ausführen" bedeutet auch nicht jede Mitwirkung bei der Ausführung.

§ 94. Die Urteile des Reichsgerichts, welche das „ausführen" derart interpretieren 199
§ 95. Gegenüberstellung der Beihülfe als einer Mitwirkung zur Ausführung 201
§ 96. Das Reichsgericht ist damit bereits auf den Boden der objektiven Teilnahmetheorie geraten 203

Zweites Kapitel.

Die Leugnung entspricht auch nicht dem Sinn des Gesetzes.

§ 97. Die beiden Prämissen, unter welchen sie dies thun würde 204
§ 98. Die erste Prämisse: Wirksamkeit jeder Teilnahme für den Erfolg, wird vom Reichsgericht selbst preisgegeben 204
§ 99. Die zweite Prämisse: Identität von Bedingung und Ursache entspricht nicht dem Gesetz und wird wiederum vom Reichsgericht selbst nicht konsequent festgehalten 209
§ 100. Das Reichsgericht giebt vielmehr seine formale Unterscheidung von Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen auf 209

Digitized by Google

Seite

§ 101. Und unterscheidet sie materiell als die den Erfolg verursachenden bezw. bedingenden Handlungen 211

§ 102. Damit räumt es zunächst de lege ferenda die Möglichkeit einer objektiven Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe ein . . . 213

Drittes Kapitel.

Resultat der Kritik im ersten und zweiten Kapitel.

§ 103. Die Judikatur des Reichsgerichts über die Teilnahmethätigkeit gemessen an einer streng subjektiven Auslegung der §§ 47 ff. 215

§ 104. Nur die Motive sind der Grund, auf welchen hin das Reichsgericht den objektiven Standpunkt des Gesetzes leugnet 217

§ 105. Wobei es jedoch nicht umhin kann, in nicht wenigen Urteilen auch de lege lata rein objektiv zwischen Mitthäterschaft und Beihülfe zu unterscheiden 219

B. Kritik der subjektiven Unterscheidung von Mitthäterschaft und Beihülfe seitens des Reichsgerichts.

Erstes Kapitel.

Feststellung des Sinnes dieser Unterscheidung.

§ 106. Die Formulierung der subjektiven Unterscheidung in der Judikatur des Reichsgerichts: das Wollen der That als eigene bezw. als fremde . 221

§ 107. Die juristische Natur dieser Unterscheidung wird vom Reichsgericht nicht einheitlich präzisiert und bedarf erst näherer Untersuchung 222

§ 108. Das Reichsgericht unterscheidet nicht im Dolus, derart, daß nur der Mitthäter, nicht auch der Gehülfe den Verbrechenserfolg zu wollen brauchte 225

§ 109. Es kann auch nicht derart im Dolus unterscheiden, daß der Mitthäter das Verbrechen selbst mit begehen, der Gehülfe es nur unterstützen wollte 226

§ 110. Es unterscheidet vielmehr mit v. Buri je nach der Selbständigkeit oder Unselbständigkeit des Interesse des Mitwirkenden 229

Zweites Kapitel.

Kritik dieser Unterscheidung des Reichsgerichts.

1. Sie ist praktisch nicht durchführbar.

§ 111. Das Reichsgericht verweist behufs ihrer Durchführung auf die dem Zusammenwirken etwa vorangegangene Verabredung 231

§ 112. Sofern diese in Feststellung eines detaillierten Planes besteht, soll sie auf Mitthäterschaft deuten 234

§ 113. Allein dieses Kriterium reicht vor Allem nicht für alle zu unterscheidende Fälle aus 235

§ 114. Es ist ferner unrichtig, daß schon das Vorliegen einer solchen Verabredung auf selbständiges Interesse der Teilnehmer schließen lasse . 236

§ 115. Es ist endlich ein Rückschritt zur alten Komplottheorie, wenn die vorgängige Verabredung jede Mitwirksamkeit zur Mitthäterschaft umstempeln soll 237

§ 116. **2. Sie ist theoretisch nicht begründbar** 239

§ 117. **3. Sie ist positivrechtlich nicht beweisbar** 240

§ 118. **4. Sie erweist sich in der Judikatur des Reichsgerichts selbst als unhaltbar** 242

Digitized by Google

Zweiter Titel.

Die Auffassung der Mitthäterschaft und der Anstiftung im Verhältnis zur Thäterschaft und der Anstiftung im Verhältnis zur intellektuellen Beihülfe.

Erstes Kapitel.

Seite

Das Verhältnis der Mitthäterschaft zur Thäterschaft.

§ 119. Bei konsequentem Festhalten an der subjektiven Theorie müßte das Reichsgericht den Mitthäter schon an sich als Thäter betrachten . . 246
§ 120. Statt dessen verlangt es jedoch, um ihn als Thäter zu bestrafen, daß er sich, was die Übrigen gethan, angeeignet habe 247
§ 121. Es interpretiert damit den § 47 R.-Str.-G.-B. ganz im Sinn der objektiven Teilnahmetheorie 249
§ 122. Wie es denn auch im Übrigen die Mitthäterschaft ganz im Sinn der objektiven Teilnahmetheorie auffaßt 250

Zweites Kapitel.

Das Verhältnis der Anstiftung zur Thäterschaft.

§ 123. Während das Reichsgericht in einer Reihe von Urteilen die Anstiftung ganz im Sinn der subjektiven Theorie als intellektuelle Urheberschaft konstruiert 252
§ 124. Erklärt es in andern Urteilen diese Auffassung selbst als unrichtig und stellt Thäterschaft und Anstiftung scharf einander gegenüber . . . 256

Drittes Kapitel.

Das Verhältnis der Anstiftung zur intellektuellen Beihülfe.

§ 125. Wie es sich nach der Kausaltheorie des Reichsgerichts gestalten müßte 259
§ 126. Wie es sich in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gestaltet hat . . 260
§ 127. **Anerkennung der inneren Notwendigkeit der positivrechtlichen Gestaltung der Teilnahmelehre** 261

Dritter Titel.

Die Anerkennung der akzessorischen Natur der Teilnahme und ihrer Konsequenzen.

§ 128. Einleitung 262

Erstes Kapitel.

Die Aussprüche des Reichsgerichts über die akzessorische Natur der Teilnahme im Allgemeinen.

§ 129. Aufzählung der hieher gehörigen Urteile 263
§ 130. Das Reichsgericht anerkennt sie selbst als mit der subjektiven Teilnahmetheorie in Widerspruch 265

Digitized by Google

Seite

Zweites Kapitel.

Die nähere Präzisierung und Begrenzung dieser akzessorischen Natur.

§ 131. Die Strafbarkeit der Teilnahme verlangt ein Verbrechen, aber nicht notwendig Bestrafung des Thäters 266
§ 132. Durchführung dieses Satzes für die Teilnahme an Verbrechen, welche wegen freiwilligen Rücktritts vom Versuch, wegen Verjährung, wegen Geisteskrankheit straflos bleiben 267
§ 133. Teilnahme am Verbrechen jugendlicher Personen 269
§ 134. Teilnahme an Verbrechen, welche wegen Irrtums, mangelnder Rechtswidrigkeit, fehlender Bedingung der Strafbarkeit straflos ausgehen . 270

Drittes Kapitel.

Die vom Reichsgericht aus der akzessorischen Natur der Teilnahme gezogenen Konsequenzen.

§ 135. **1. Hinsichtlich des Versuches der Teilnahme** 271
§ 136. **2. Hinsichtlich der juristischen Qualifikation der Teilnahmehandlung** 274
§ 137. **3. Hinsichtlich der Zeit der (juristischen) Begehung der Teilnahmehandlung** 277
4. Hinsichtlich des Ortes der (juristischen) Begehung der Teilnahmehandlung.
§ 138. Referat über die einschlägigen Urteile des Reichsgerichts 279
§ 139. Kritik dieser Urteile 281
§ 140. **5. Hinsichtlich der juristischen Einheit oder Mehrheit der Teilnahmehandlungen** 282

Schlußwort 287

Inhalts-Übersicht 293

Chronologisches Verzeichnis aller benützten Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts 301

Digitized by Google

Chronologisches Verzeichnis

aller benützten

Entscheidungen der Strafsenate des Reichsgerichts.*)

Fortlaufende Nr.	Senat	Datum der Entscheidung	Rechtsprechung	Entscheidungen	Seite
1.	I.	6. November 1879	I. 37	—	278.
2.	III.	29. November 1879	—	I. 110	250, 262.
3.	III.	24. Dezember 1879	I. 171	I. 128	243.
4.	I.	15. Januar 1880	I. 229	I. 145	284.
5.	I.	17. Januar 1880	—	I. 146	255, 257.
6.	II.	5. März 1880	I. 429	I. 250	255 Note 421, 257.
7.	I.	11. März 1880	I. 450	I. 270	220.
8.	II.	13. April 1880	I. 589	—	220.
9.	III.	1. Mai 1880	I. 707	II. 145	282.
10.	III.	8. Mai 1880	—	II. 154	250, 277.
11.	III.	12. Mai 1880	I. 764	II. 160	188, 214, 219, 222, 227, 231.
13.	Ver. Str.-S.	24. Mai 1880	I. 819	I. 439	93 Note 133.
14.	III.	2. Juli 1880	II. 151	—	266, 270.
15.	II.	9. Juli 1880	II. 179	—	93 Note 133.
16.	II.	21. September 1880	—	II. 251	243.
17.	I.	23. September 1880	II. 243	II. 261	206, 277.
18.	III.	9. Oktober 1880	II. 308	III. 7	195, 200, 247, 248, 249, 251, 270.
19.	III.	9. Oktober 1880	—	III. 40	243.
20.	I.	25. Oktober 1880	II. 386	II. 383	275 Note 433.
21.	III.	20. November 1880	II. 538	III. 136	212.
22.	I.	29. November 1880	II. 580	III. 140	258.
23.	III.	1. Dezember 1880	—	III. 162	258, 266, 270, 283.
24.	I.	6. Dezember 1880	—	III. 142	284.
25.	III.	8. Dezember 1880	—	III. 95	257, 258.
26.	II.	21. Dezember 1880	II. 656	III. 145	257, 284.
27.	I.	7. Januar 1881	—	III. 181	188, 196, 219, 221, 226, 227, 229, 259 Note 422.

*) Vgl. oben S. 84 Note *.

Digitized by Google

Fortlaufende Nr.	Senat	Datum der Entscheidung	Rechtsprechung	Entscheidungen	Seite
28.	I.	13. Januar 1881	—	III. 268	234.
29.	I.	13. Januar 1881	II. 722	III. 249	268.
30.	I.	17. Januar 1881	—	III. 269	195, 234.
31.	I.	17. Januar 1881	—	III. 273	195, 224.
32.	II.	18. Januar 1881	—	III. 255	220, 244.
33.	III.	26. Januar 1881	II. 757	—	189, 203 Note 377, 215, 219, 227, 232.
34.	III.	9. Februar 1881	III. 28	—	190, 197, 198, 200, 202 Note 375, 214, 219, 221, 227, 229, 232, 234, 238.
35.	III.	2. März 1881	III. 93	—	252, 275 Note 433, 277.
36.	I.	7. April 1881	III. 211	IV. 60	258.
37.	III.	9. April 1881	—	IV. 95	284.
38.	II.	17. Mai 1881	III. 309	IV. 177	195, 200, 234, 242, 262.
39.	II.	20. Mai 1881	III. 312	IV. 184	277.
40.	II.	14. Juni 1881	III. 391	IV. 252	254.
41.	I.	16. Juni 1881	III. 409	IV. 261	221, 251.
42.	II.	24. Juni 1881	III. 432	IV. 302	220, 244, 258.
43.	II.	5. Juli 1881	III. 464	—	201, 205, 211, 213.
44.	III.	9. Juli 1881	—	IV. 367	254.
45.	Fer.-S.	10. August 1881	—	IV. 377	255, 277.
46.	II.	23. September 1881	III. 524	V. 17	275 Note 433.
47.	I.	24. Oktober 1881	III. 632	—	256, 257.
48.	III.	29. Oktober 1881	III. 667	V. 141	205, 213, 227.
49.	I.	3. November 1881	III. 684	—	278, 284.
50.	II.	9. Dezember 1881	III. 782	V. 227	253, 254, 256, 274, 278 Note 437, 282, 284.
51.	III.	17. Dezember 1881	—	V. 306	195, 200, 202 Note 375, 235, 248, 249.
52.	II.	30. Dezember 1881	III. 837	V. 282	253, 257, 258, 263, 271, 278.
53.	II.	13. Januar 1882	IV. 44	—	93 Note 133.
54.	II.	7. Februar 1882	IV. 129	—	220, 245.
56.	III.	11. März 1882	IV. 238	V. 362	84 Note 104.
57.	III.	12. April 1882	IV. 308	VI. 186	265, 269 Note 430, 270.
58.	I.	20. April 1882	IV. 363	VI. 169	206, 208 Note 389.
59.	II.	6. Juni 1882	IV. 533	VI. 341	268.
60.	II.	6. Juni 1882	IV. 531	VI. 336	270.
61.	I.	22. Juni 1882	IV. 599	—	253, 258, 276 Note 435, 277.
62.	II.	30. Juni 1882	IV. 648	VI. 405	243.
63.	III.	20. September 1882	IV. 700	—	266, 270.
64.	II.	26. September 1882	IV. 715	—	283.
65.	I.	2. Oktober 1882	IV. 723	VII. 55	109 Note 166, 211.
66.	III.	13. November 1882	IV. 812	—	253, 258.
67.	III.	18. Dezember 1882	IV. 885	—	245.
67a.	II.	9. Januar 1883	V. 23	—	250, 252.
68.	III.	11. Januar 1883	—	VIII. 42	248, 249, 251.
69.	I.	25. Januar 1883	—	VIII. 177	220.

Digitized by Google

Fortlaufende Nr.	Senat	Datum der Entscheidung	Rechtsprechung	Entscheidungen	Seite
70.	II.	30. März 1883	V. 202	VIII. 153	263, 278, 284.
71.	III.	26. April 1883	V. 287	—	195, 275 Note 433.
72.	III.	5. Mai 1883	V. 320	VIII. 279	275 Note 433.
73.	III.	7. Mai 1883	—	VIII. 299	250.
74.	III.	7. Mai 1883	V. 335	IX. 3	195, 202 Note 375, 215, 218 Note 395, 219, 223, 229, 234, 238, 240, 274 Note 432.
75.	III.	7. Mai 1883	V. 343	—	84 Note 104.
76.	I.	10. Mai 1883	V. 350	VIII. 267	207, 208 Note 387, 220.
77.	III.	14. Juni 1883	V. 434	IX. 10	263, 267, 268, 278, 280.
78.	II.	19. Juni 1883	V. 455	VIII. 371	258, 284.
79.	III.	25. Juni 1883	V. 463	IX. 22	253, 256.
80.	III.	2. Juli 1883	V. 480	—	253.
81.	III.	1. Oktober 1883	V. 561	IX. 109	202 Note 375, 220, 221, 224, 230, 244, 265.
82.	II.	16. Oktober 1883	—	IX. 75	190, 196, 200 Note 373, 202 Note 375, 209 Note 390, 210, 217, 218 Note 396, 221, 223, 227, 229, 232, 234, 240.
83.	II.	19. Oktober 1883	V. 618	IX. 81	211.
84.	I.	15. November 1883	V. 688	—	251.
85.	I.	5. Dezember 1883	—	X. 8	207, 225.
86.	I.	17. Januar 1884	—	IX. 430	230, 242.
87.	II.	25. März 1884	VI. 219	—	254, 258, 278.
88.	III.	5. Mai 1884	VI. 352	X. 406	283.
89.	III.	26. Mai 1884	VI. 377	—	221.
90.	II.	10. Juni 1884	VI. 416	—	190, 223, 227, 242.
91.	III.	9./16. Juni 1884	VI. 408	XI. 56	206, 222, 223, 256, 263, 265, 267, 269, 271, 274, 275, 285.
92.	IV.	24. Juni 1884	VI. 473	XI. 20	262 Note 424, 264, 267, 275, 279, 280, 281 Note 442, 282.
93.	III.	26. Juni 1884	—	XI. 87	218, 219 Note 396, 221, 223, 275 Note 433.
94.	III.	7. Juli 1884	VI. 523	XI. 37	264, 267, 273, 275, 282, 285.
95.	I.	7. Juli 1884	—	XI. 118	275 Note 433.
95a.	IV.	21. Oktober 1884	VI. 643	XI. 153	208.
96.	III.	23. Oktober 1884	VI. 644	—	191, 215, 221, 223, 227, 229, 240.
97.	IV.	24. Oktober 1884	VI. 650	—	275 Note 433.
98.	II.	13. Februar 1885	VII. 102	XII. 8	226, 249, 251, 275 Note 433.
99.	II.	2. Juni 1885	VII. 341	—	109 Note 166, 250 Note 419.

Digitized by Google

Fortlaufende Nr.	Senat	Datum der Entscheidung	Rechtsprechung	Entscheidungen	Seite
100.	III.	1. Juli 1885	VII. 453	—	191, 222, 235, 247, 248, 250, 251.
101.	Fer.-S.	26. August 1885	VII. 503	XII. 347	220, 250 Note 419.
102.	III.	19. Oktober 1885	—	XIII. 52	257.
103.	III.	12. November 1885	VII. 660	XIII. 76	275 Note 433.
104.	I.	7. Dezember 1885	VII. 720	XIII. 121	249, 253, 254, 260.
105.	III.	18. Januar 1886	VIII. 63	XIII. 265	205, 253, 259, 265.
106.	III.	21. Januar 1886	VIII. 80	—	195, 222, 226, 227, 233.
107.	I.	4. März 1886	—	XIII. 388	271.
108.	III.	15. März 1886	VIII. 171	XIV. 19	265, 268.
109.	III.	18. März 1886	VIII. 189	XIV. 28	192, 203 Note 376, 214, 215, 219, 220, 222, 223, 227, 247, 248.
110.	III.	12. April 1886	VIII. 281	—	264, 271, 275, 280.
111.	II.	16. April 1886	VIII. 286	XIV. 92	185, 235, 250.
112.	II.	20. April 1886	VIII. 303	—	260.
113.	I.	29. April 1886	VIII. 313	XIV. 102	250 Note 419, 257, 358, 264, 265, 267, 270, 275 Note 433, 276.
114.	III.	3. Mai 1886	VIII. 337	—	192, 202 Note 375, 210, 223, 224, 230, 240.
115.	IV.	7. Mai 1886	VIII. 346	XIV. 119	200, 202 Note 375, 226, 248, 249, 275 Note 433.
116.	I.	10. Mai 1886	VIII. 348	—	247, 248.
117.	IV.	11. Mai 1886	VIII. 355	—	193, 200, 222, 223, 226, 227, 230.
118.	II.	21. Mai 1886	VIII. 370	XIV. 137	212.
119.	II.	22./25. Juni 1886	VIII. 474	XIV. 236	222, 224, 253.
120.	I.	24. Juni 1886	VIII. 481	—	193, 222, 229, 248.
121.	IV.	29. Juni 1886	VIII. 506	—	185 Note 359.
122.	III.	1. Juli 1886	VIII. 507	—	218, 219 Note 396, 230.
123.	I.	8. Juli 1886	—	XIV. 318	201, 207, 220.
124.	II.	1. Oktober 1886	VIII. 577	XIV. 344	250.
125.	IV.	4. Januar 1887	—	XV. 178	197, 258.
126.	III.	10. Januar 1887	IX. 17	XV. 295	193, 196, 197, 199, 200, 202 Note 375, 203 Note 377, 209 Note 390, 210, 214, 215, 219, 222, 223, 224, 233, 234, 235, 237, 238, 260, 261, 274 Note 432.
127.	II.	11. Januar 1887	IX. 33	—	275 Note 433.
128.	II.	1. Februar 1887	IX. 107	—	254.
129.	IV.	15. Februar 1887	IX. 137	—	267.
130.	I.	17. Februar 1887	IX. 139	XV. 315	225, 255, 276.
131.	IV.	22. Februar 1887	IX. 149	—	208.
132.	III.	24. März 1887	IX. 193	—	258.

Digitized by Google

Fortlaufende Nr.	Senat	Datum der Entscheidung	Rechtsprechung	Entscheidungen	Seite
133.	I.	24. März 1887	IX. 191	XV. 359	198, 256.
134.	I.	28. März 1887	—	XVI. 25	207, 225, 276.
135.	II.	1. April 1887	IX. 218	XV. 396	205.
136.	IV.	19. April 1887	IX. 253	—	226, 268, 275, 276.
137.	III.	25. April 1887	IX. 285	—	206, 213, 214.
138.	II.	24. Mai 1887	IX. 335	XVI. 114	260, 281.
139.	III.	19. September 1887	IX. 436	—	275 Note 433.
140.	IV.	20. September 1887	IX. 447	—	228, 256.
141.	IV.	1. November 1887	IX. 549	XVI. 277	208, 226.
142.	III.	3. November 1887	IX. 551	—	223.
143.	III.	3. November 1887	IX. 553	XVI. 374	258, 283.
144.	I.	14. November 1887	IX. 602	XVI. 325	258.
145.	II.	25. November 1887	IX. 650	XVI. 347	268, 276.
146.	II.	25. November 1887	IX. 648	XVI. 350	201, 226.
147.	III.	1. Dezember 1887	IX. 687	—	212.
148.	IV.	6. Dezember 1887	IX. 708	—	277.
149.	IV.	13. Dezember 1887	IX. 724	—	208, 265, 268, 273.
149a.	IV.	13. Januar 1888	X. 33	XVII. 59	258.
150.	II.	20. Januar 1888	X. 47	XVII. 47	238.
151.	II.	10. Februar 1888	X. 126	XVII. 116	84 Note 104.
152.	III.	5. März 1888	X. 207	XVII. 227	271, 283.
153.	II.	13. März 1888	X. 242	—	228.
154.	I.	26. März 1888	X. 268	—	186.
155.	III.	16. April 1888	X. 300	XVII. 413	226.
156.	I.	19. April 1888	X. 307	XVII. 317	186.
157.	III.	7. Mai 1888	—	XVII. 384	206.
158.	II.	29. Mai 1888	—	XVII. 377	226, 276.
159.	IV.	13. Juli 1888	X. 487	—	226.
160.	IV.	9. Oktober 1888	X. 555	—	268.
161.	I.	22. November 1888	—	XVIII. 229	228, 241, 270.
162.	II.	27./30. Novemb. 1888	X. 692	XVIII. 273	194, 203 Note 377, 227, 233, 270.
163.	I.	10. Dezember 1888	X. 713	—	267.
164.	III.	20. Dezember 1888	—	XIX. 141	185 Note 359.
165.	III.	28. Januar 1889	—	XVIII. 419	228, 265, 270, 274.
166.	III.	18. März 1889	—	XIX. 147	265, 278 Note 437, 281.
167.	III.	4. April 1889	—	XIX. 213	233, 251.
168.	I.	4. Juli 1889	—	XIX. 354	258.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 075 175 0

Digitized by Google

Digitized by Google